

熊野敏三による「国際法」及び「佛蘭西民法前加巻講義」

著者	櫻田 嘉章
雑誌名	甲南法務研究
巻	15
ページ	1-28
発行年	2019-03
URL	http://doi.org/10.14990/00003294

熊野敏三による「国際法」及び「佛蘭西民法前加巻講義」

甲南大学法科大学院教授、弁護士 櫻田嘉章

はじめに

わが国における「国際私法の始祖」¹⁾とされる山田三良は、その講義の中で²⁾、国際私法が近世に至って漸くその発達を見た理由、また、国際私法を必要とする社会の状態を明らかにするものとして「国際私法存在の条件」を検討しており、四条件を挙げている。第一 内外国人の交通、第二 外国人の権利、第三 自主独立の法権、第四 各国法律の差異、これらである。一般的な国際私法の発生・発展の条件を扱いながら、期せずしてわが国における国際私法の発展条件、沿革を説明するものである。したがって、わが国における国際私法の発展を語るときには、まずこれらの事情を検討する必要がある。手短に言えば、鎖国を打破した条約による開国により、急激な内外人の交流、通商貿易の拡大が認められ、いわゆる渉外的法律関係が大量に発生したこと、次第に当時の「文明国」において認められてきた内外人平等がわが国においても要請されてきたこと、不平等条約に基づく領事裁判権において、私権における本國主義が容認されてきたが、その撤廃とともに、わが国の主権が認められ、各国が内国法律関係を扱うための法律制定を進めるにつれて内外法の内容的相違が顕著となり、かつ、内国法のみを適用することができないがために、いずこにおいても同じ結果を達成する同一の標準により適用すべき法律を定める必要により、国際私法が必要とされる。この国際

私法は、民法商法等普通の国内法とその起源を異にするものである、という点にある。

このような目的を持つ法律は、わが国の場合、二つの法典に結実する。旧法例（明治23年）と明治31年制定の法例である。そして周知のように前者の法例の起草者は熊野敏三であり、後者の法例は山田三良を補助委員とする、起草委員たる穂積陳重、梅謙次郎に由来する。本稿ではまず旧法例の起草者としての熊野敏三を取り上げるが、熊野について川上太郎による次のような評価がある。すなわち、「人事編についてはわが国の風俗習慣を顧みる必要上日本人委員を起草にあたらせる理由があったにせよ、法例についてはそのような必要は全くないのであるから定規にしたがってボアソナードが起草にあたったとみるのが自然である。

つぎに考うべきは、ボアソナードが比較法学者としてイタリア民法前加編中の国際私法規定やベルギー法改正草案などにも通曉していたことである。彼は国際私法のような超国家的法規を起草するにはうってつけの学者であったのである。これに反し熊野は国際私法にはさして関心をもっていなかったと思われるふしがある。また人事編の起草に多忙をきわめ、時間的にみて国際私法のような複雑な法規を短期間のあいだに起草する余裕をもち合わせていなかったと考えなければならない。熊野敏三は明法寮第一回卒業生の一人であり、同窓の友人岸本辰雄が校長となった明治法律学校の経営に教頭として参画し、（明治一五年以降）同校で国際法の講義は担当

1) 穂積陳重「バルトルス国際私法論を山田博士に呈する辞」『穂積陳重遺文集 第四冊』（昭和9年）42-43頁。

2) 山田三良講述・明治大学四十年度商学科三学年講義録『国際私法講義』3-6頁。

したが、国際私法講義は担当しておらず、国際私法については何らの研究論文も発表していない。このことからみて彼は国際私法にはさして関心をもってはいなかったと考えざるを得ないのである。加うるに熊野は普通の公務のほか、人事編の起草というような大きな仕事をかかえているのであって、一〇カ月に足りない短時間のあいだに精密な思索を必要とする国際私法規定を立案する能力をもちあわせていたとは到底考えられないからである³⁾。」

しかし、熊野については、その主たる関心が那辺にあったかは確とはいえないが、明治16年10月に帰朝以来、当初は司法省雇であったが、明治17年12月からは文部省雇いとして東京法学校での教育

に従事し⁴⁾、多忙であるにも関わらず、国際法講義（明治18年9月より明治法律学校における）及びフランス民法講義などを精力的に行ってきたことが知られている⁵⁾。国際法講義については、すでに公開されている講義録があるが⁶⁾、「明法雑誌」所載のものはあまり知られていないので、明治19年9月に掲載されている、同校における「国際法講義」をここに取り上げることとする。けだし、国際法講義の中で国際私法にもふれているからである⁷⁾。また、フランス民法3条にまとめられた国際私法規則についての講義として、明治20年の「佛蘭西民法前加巻講義」を紹介する。何らの研究論文も発表されていないとしても、国際法及び国際私法には十分な関

3) 川上太郎『日本国における国際私法の生成発展』23-24頁。さらに同書24頁では、「ボアソナードが法例草案を起草したとして、それでは民法草案人事編理由書中に掲げられている規定が彼の起草したものであると解すべきであろうか。私は肯定すべきだと考える。もっとも、法例草案に当たる部分の理由書を書いた起稿者熊野は、ボアソナードの立案した草案原案をボアソナードから伝授され、これを法例報告委員が組合の会議にかけて、最終的に決定したうえ、それを理由書に載せたのであろうと考える。けだし、法律取調委員会において作成される法律案はすべて報告委員の組合の会議で定められることになっていたからである。」とされている。

4) 熊野は、明治16年10月18日帰朝して直ちに文部省雇いとして東京法学校で教鞭をとったとされるが（『帝国博士列伝、日本博士全伝など』、帰朝後はまず司法省雇となった（明治16年12月26日月俸130円。貸付金返済を月賦で12月から行う旨記録が残る：11月14日附（公文書館））。

5) 村上一博「明治法律学校」4頁によると、熊野は、明治18年9月からは明治法律学校において第1年科に法律大意・〔仏民法〕人事法・相続法、第3年科に万国公法を担当とされている。明治18年の時間表では、火曜日午後6時～7時第1年科民法、金曜日午後6時～7時第3年科万国公法が熊野担当である。明治20年4月の日課表では、木曜日午後4時半より行3年科において国際法を講じ、同年9月からは国際法を熊野が、佛蘭西民法前加巻は岸本辰雄が担当とされている。また、明法雑誌第45号掲載の明治20年9月からの講義科目及び担当者によると、熊野は、国際法・売買法・交換法・時効法（日本民法草案対照）・法学通論を担当することとされている。明治19年11月に私立学校特別監督条規が公布施行され、明治法律学校も監督対象となったが、第2条は民法を4部に分ち、「制度頒布あれば主としてこれを教授し、外国法は傍ら対照すべきもの」とされていた。明治21年には佛国民法前加巻及び同人事法は熊野担当とされている（村上一博編『日本近代法学の揺籃と明治法律学校』（日本経済評論社、2007年）4頁以下参照）。明治21年4月の「帝国大学特別監督私立法律学校規則第九条で、法律学部の科目編成は次のように定められ」第1年科には法学通論、仏国民法前加巻・人事法・財産法（仏国民法及ヒ日本民法草案対照）、日本刑法全、日本治罪法全があがっている。明治22年には要塞砲兵幹部練習所において、熊野は国際法を担当し、講義録が残されている（後注6）参照）。さらに、帝国大学においても、明治25年に国際法を担当したが、6回のみの講義であったので、学生からは試験を実施しないようにという要望が出されたが、実施された（『東京大学百年史部局史一』59頁）。佛国民法前加巻講義及び民法草案人事編理由書中の法例の部分は、フランス国際私法のみならず、イタリアにとどまらず、ドイツ法にもふれており、また、国際法講義においては、教科書として、当時和訳されていたHeffterの著書などを学生に勧めている。国際法、国際私法とも、相当の研究が窺われる所以である。

明治19年2月民法編纂局兼勤、4月12日には司法省民法草案編纂委員で、「同案訳訂等二専ら担任致シ候」とされる。20年11月9日、法律取調報告委員となり、21年10月6日には法例草案が、各裁判所長官宛送付されている。明治21年、22年にも、明治法律学校でフランス民法前加巻講義を行うこととされている。なお、「傍ら明治法律学校東京和仏学校講師、数千人の学生を教導、純学的法律応用ではなく、」〔之を實際に活用して以て国家の大務に當るは能く其学ぶ所に負かず謂つ可きなり〕「君氣宇曠裁決流るゝが如し故に事務を理する極て迅速に處方立どころに成る以て其才の然らしむる所なるを見るべし」ともいう（帝国博士列伝190-191頁）。

6) ①熊野敏三『國際法 全』428頁（明治24年3月の序がある。要塞砲兵幹部練習所における講義録（明治22年11月22日より明治23年3月7日全16回））。

②佛国大学法律博士熊野敏三先生・千早敏郎＝糸永晃筆記『國際公法講義』（明治21年10月22日（1888.10）編纂者兼發行人蒲生敏郎・220頁（第1回明治20年1月25日；第2回1月28日；第3回2月1日；第4回2月4日；第5回2月8日；第6回2月15日；第7回2月19日；第8回2月22日；第9回2月25日；第10回3月1日；第11回3月4日；第12回3月11日；第13回3月15日；第14回3月18日；第15回3月25日；第16回4月1日；第17回4月7日；4月12日；4月15日）

心をもち、研究を積んでいたことが窺われるからである。そこで、それらの、従来必ずしも知られていない業績を紹介することによって、従来の研究の欠を補いたい。

1 「国際法講義」

明法雑誌 19号（明治19年9月5日）6頁-9頁

「講義ノ部

左ノ一編ハ曾テ明治法律學校ニ於テ熊野師ノ講述ヲ聴取筆録ナセシモノニ係レト本稿登載ノ際ニ當リ師ハ病床ノ中ニアラレタルカ故遂ニ校閲ヲ乞フヲ能ハサリシモノナリ惟フニ耳受筆録ノ際ニ於テ疎漏ヲ生シタルモノ少カラサル可シ読者願ハクハ此レヲ諒セヨ

筆記者 識

○国際法講義

佛國法律博士 熊野敏三君講述
井本常治筆記

第 一 卷 回

序論 國際法ノ釋義、性質、制裁、區別、區域、並ビニ其起源ヲ論ス

今茲ニ講義ノ端ヲ開テ吾人ガ講述セント試ミル國際法ナルモノハ原語ニ「ドローレナント」云ヘル文字ニシテ従来我邦ニテ萬國公法ト譯シ傳ヘタルモノナリト

ス然レト此ノ文字ハ頗ル不穩當ノ嫌アルカ故單ニ國際法ト云ヘル譯語ヲ採用シテ此レガ講述ヲ試ム可シ蓋シ國際法トハ諸國間互ニ相交際スル上ニ於テ普通ニ施行セラル、規則ノ「フニメ」尚詳言スルハ各國間交際上ニ於テ自然ニ定リタル權利義務ノ關係ヲ規則立テタル者ノ謂ヒナリ國際法ノ釋義ニ付テハ學者說ヲナスモノ少カラサレト要スルニ大同小異殊更ラニ之ヲ論述スルノ必要ヲ感セサレハ今悉ク之ヲ述フル「フナサ」ル可シ蓋シ國際法ノ普通法ニ異ナルノ點ハ專ラ一國一境内ヲ離レテ諸外國ニ對スルノ法度タル「フニメ」獨逸ノ外交家「ハスト」氏ハ此ヲ稱シテ外交法ト唱ヘ又普通法タル憲法行政法刑法民法ノ如キ國ノ内部ニ關スルノ法律ヲ指シテ内交法ト唱ヘタリ國際法ヲ學フニ臨ンテ第一ニ到着スルノ難問ハ凡テ世界中果シテ國際法ナルモノハ現存セラル、ヤ否ヤト申ス「フナリ」蓋シ一國ノ間ニ施行セラル、刑法民法ノ如キ類ハ之ヲ制定スルニ職員アリ之ヲ施行スルニ機關アリ即チ國ニシテ立法官ナキトキハ法律アル能ハズ國ニシテ警察及ヒ裁判ノ制ナキハ法律ノ実行ヲ見ル能ハズ而メ此等ノ法律ハ此ノ如キモノヲ俟テ初メテアリ得ルモノナリトス然ルニ今國際法ナルモノハ恰モ立法官ヲモ有セス裁判警察ノ制ヲモ有セサル國ニ存スル法律トモ云フガ如ク相對立スル各獨立國ノ上ニ適用スベキ法律タルカ故世人ノ間ニ果シテ此レガ現存セルヤヲ疑フモノアル如キモ亦無理ナラ

7) 熊野は、明治19年4月12日には司法省民法編纂委員、同年11月29日には、元老院内閣委員となっているが、それよりも前、すなわち明治18年9月からは明治法律学校において第1年科に法律大意・[仏民法] 人事法・相統法、第3年科に万国公法を担当とされている。明治18年の時間表では、火曜日午後6時～7時第1年科民法、金曜日午後6時～7時第3年科万国公法が熊野担当である。明法雑誌に所掲の国際法講義は、1886年（明治19年）のものであることが述べられている。明治20年4月の日課表では、木曜日午後4時半より行3年科において国際法が講じられ、同年9月からは国際法を熊野が、佛蘭西民法前加巻は岸本辰雄が担当とされている。また、明法雑誌第45号掲載の明治20年9月からの講義科目及び担当者によると、熊野は、国際法・売買法・交換法・時効法（日本民法草案対照）・法学通論を担当することとされている。明治19年11月に私立学校特別監督条規が公布施行され、明治法律学校も監督対象となったが、その第2条は民法を4部に分ち、「制度頒布あれば主としてこれを教授し、外国法は傍ら対照すべきもの」とされていた。明治21年には佛国民法前加巻及び同人事法は熊野担当とされている（村上一博編『日本近代法学の揺籃と明治法律学校』（日本経済評論社、2007年）4頁以下参照）。明治「二一年四月の「帝国大学特別監督私立法律学校規則」第九条で、法律学部の科目編成は次のように定められ」第1年科には法学通論、仏国民法前加巻・人事法・財産法（仏国民法及び日本民法草案対照）、日本刑法全、日本治罪法全があがっている。明治22年には要塞砲兵幹部練習所において、熊野は国際法を担当し、講義録が残されている。さらに、帝国大学においても、明治25年に国際法を担当したが、6回をのみの講義であったので、学生からは試験を実施しないようにという要望が出されたが、実施された。佛国民法前加巻講義及び民法草案人事編理由書中の法例の部分は、フランス国際私法のみならず、イタリアにとどまらず、ドイツ法にもふれており、また、国際法講義は、教科書として、当時和訳されていた Heffter の著書などを学生に勧めている。国際法、国際私法とも、相当の研究が窺われる所以である。なお、『佛国民法前加巻講義完』と題する明治法律学校の講義録が講法会出版により刊行されている。拙稿「民法の効力に関するアンソロジー」甲南法務研究 No.13（2017年）17頁以下参照。

サル次第ト云フベキナリ然ト雖吾人ノ見ル所ヲ以テスレハ之ヲ制定スヘキ職員モナク之ヲ實行スベキ機關モ有セサルカ故ナリトテ直チニ國際法其物ハ現存セルモノニアラサルベシト云フガ如キハ實ニ速了ノ甚ダシキモノトナサルヲ得ズ乞フ少シク之ヲ論ス可シ

國際法ヲ論スルニ於テ苟モ國ト云フキハ必ス獨立ノ國タルヲ知ラサル可カラズ已ニ獨立ノ國々間ニ行ハル、法律ナリト云フキハ此ノ法律ヲ装フニ若シ威力ヲ以テスアラハ勢ヒ獨立ノ軀面ヲ損セサルヲ得サルモノナリ而シテ國際法ノ眞面目ナルモノハ各國ノ獨立權ヲ尊重スルト云フニアルガ故此ノ法律ハ決シテ權力ヲ以テ施行セラル可カラサルモノナルヲ了知ス可シ實ニ權力ヲ装フテ此ノ法律ヲ各國ノ上ニ施行セント試ミハ各國ハ直チニ獨立權ノ蔑如ヲ蒙リ且獨立ノ實ヲ失ハサルヲ得ス已ニ獨立ノ實ナキ國ニ行ハル、モノトナスキハ其法律ハ畢竟ノ内交法タルニ過キシテ此レヲ國際法トハ云フ可カラサルナリ左レハ世人カ立法官モナク裁判官モアラザルガ故國際法ナルモノハ此ノ世ニ存在セサルベシト疑フモノアルト同事ニ余ハ即チ斷言ス可シ立法官モナク裁判官モアラザルカ故ナレバコソ國際法ナルモノハ存在シ得ルモノナリト蓋シ人々相交ルヤ其間必ス交際ノ規矩ヲ生ジテ此規矩ニ從ヒ定リタル秩序アルモノ此レヲ法律ト云フ已ニ一己人ノ間ノ關係ニメ此ノ如キナリトスレハ何ゾ國々ノ間ノ關係ノ此ノ如クナラサルノ理アラシヤ往古ニ遡リテ法律ノ起元ヲ探求スルキハ盡ク人民ノ相行為シタル慣例習俗ニ過キサルモノニシテ之レニ秩序ヲ立テ、制定ナシ以テ法律ノ軀面ヲ整ヘシモノナリ特リ國際法ハ舊態ヲ存シテ其制定セラレタルモノアラサルノミ左レハ制定筆記セラレザルノ一事コソ實ニ他ノ法律ニ異ナルノ點ニシテ又國際法ノ本色トコソ云フ可キナリ其ノ制定筆記セラレタルモノアラサルノ故ヲ以テ之ガ存在スルニアラサルヲ疑フガ如キハ抑モ幼稚ノ管見ト云フ可キナリ茲ニ最モ注目スベキヲハ法律ト制裁トヲ區別スルヲナリ法律ハ終古決シテ存セラルヲナキモ制裁ハ屢々行ハレサルヲアリ左レニ制裁ノ行ハレサルカ故ニ

法律ナシト云フハ大ナル誤リナリ例之ハ規律正シキ憲法ノ如キモ國亂革命ノ如キ際ニハ全ク運轉ヲ止ムルヲアルベシ即チ制裁ノ行ハレサルヲ少シトセス然レト此ノ時トテモ決シテ憲法ナシトハ云ヒ得サル可シ今國際法ノ如キモ實ニ直接ニ制裁ヲ施スヲ難ク法律タルニ相違ナシト雖ト各國此レニ從フト否トハ其ノ意ノアル處ニシテ強ヒテ此レヲ各國此レ實行シ得サル故其制裁ニ至テハ實ニ薄弱タルヲ免レサルモノナリ然レトモ制裁ノ薄弱ナルカ故ナリトテ國際法ノ存セサルニハアラサルナリ且ツ夫レ各國ノ上ニ威力ヲ占メ命令ヲ以テ此レヲ規律スルモノナキニモ關ラス通常ニ於テハ各國此ノ法律ニ從ヒ實ニ圓滑ニ此ノ法ノ行ハレ往クモノハ抑モ何ノ故ゾ吾人ガ講究セサル可カラサル處ナリ

實ニ吾人ガ現在觀察スルガ如ク國際法ノ通常各國間ニ実施セラレ居ルモノハ國際法中必ス制裁ノ存スヘキモノアルカ故ニ固ヨリ其ノ制裁ハ視握スヘキ程ニ左様ニ現在ニ來ルモノニアラストスルモ暗々裏中ニ在テハ必ス常ニ伴フベキ命運トモ認メ得ラル、モノトス人或ハ國際法ノ制裁ハ戰鬪ナルヘシト考フレト此ノ考ノ如キハ實ニ危險ト云ハサルヲ得ズ彼ノ戰鬪ノモノタル強者勝チ劣者敗ル、モノニメ決シテ正ト不正トヲ鑑定シ得ルノ方法ニアラサルナリ蓋シ戰鬪ノ如キモ萬國間ノ一所作ニシテ其制裁ハ國際法ノ規則ヨリ生シ來ルモノナリ然ラハ國際法ノ制裁トハ何ソヤ曰ク歷史上ノ事蹟ナリ實ニ諸國ハ一種定マレル慣習ノ法度ヲ超ヘテ暴行ヲ働クモノアリトモ一ノ命令者モアラサルガ故此レニ罪條ヲ宣告スルモノモアルナレ而レト國際法ノ原則ニ悞々ノ中罪條ヲ宣告シテ該國ノ後來ニ於テ其應報トモ責罰ヲ加フルモノナリ恰モ一己人カ暴飲暴食ヲナスアリト一ノ命令者モ此ヲ刑スル處ナケレト其應報トモハ病氣ヲ生シ弱軀トナルカ如キハ如何ニモ免レ難キト同シク又國際法ノ法則ヲ破リ漫リニ暴行ヲナスモノアルキハ其國ノ歷史上ニ於テハ必ス驚難スヘキ現象ヲ生シテ過咎必罰ノ嚴則ヲ認識セシムルモノアルヘシ例之ハ漫リニ他國ヲ侵畧シ或ハ戰勝ニ乘シテ良民ヲ害シ不正ノ利得ヲ遂ケタルノ結果トシテハ未來永劫怨恨ヲ包藏セ

シメ各國ノ信用ヲ失ヒ商売上ニモ不幸ナル結果ノミ
來ルヲトナルカ如シ此ノ如キハ政事家一二ノ必中ヨ
リ出テタルヲナレハ其責罰ヲ全國ニ及ボサシムルハ
不當ナルニ似タレト國際法ノ眼目ハ國ト云ヘル團結
軀ニアリテ存スレハ其全人民ノ一政事家ノ失錯ノ爲
メ不幸ヲ招クニ至ルハ實ニ是非モナキ次第ナリ此レ
ヲ避クルノ道ハ只一即チ正當ナル國際法ニ從ヒ不法
ノ政略ヲ抑制スルニアルノミ恰モ刑法ノ規定スル處
ヲ謹ミ守リテ刑罰ヲ避クルニ異ナラサルナリ」

明法雜誌 20 号（明治 19 年 9 月 20 日）37 頁－41 頁
「第壹回 序論（前號ノ續）

國際法ハ之ヲ區別シテ實地國際法及ヒ國際法理ノ二
ケトナスヲ得國際法理トハ古來學者ノ論述シタル國
交際ノ法則ニシテ實地國際法トハ今日實際行ハレ居
ル慣習ヲ云フナリ此今日行ハレ居ル慣習ニ至リテハ
隨分不條理ノ點モ少ナカラサレト蓋シ又之ヲ採テ其
起源及ヒ結果ヲ論スルハ決シテ無用ナラサルベキヲ
信スルナリ

凡ソ源因アレハ必ス其結果アルハ自然ノ數理ナリ國
際法ニ於テモ亦然ラザルヲ得ズ左レバ各國ノ間互ニ
ソノ交際ヲ始ムルヤ亦必ス一種ノ習慣ト規則トヲ生
セザルヲ得ス何トナレバ此ノ如キ事實アルヤ必ス此
ノ如キ規則アルハ免レ難キ處ナレハナリ此ノ如ク一
種ノ慣習ヲ生シ各國モ不知不識之レニ依遵シ凡ソ事
アレハ必ス此ノ慣習ヲ規矩トシテ此レカ判定ノ道ヲ
求ムルカ如キヲトナリテ始メテ萬國普通ナル一種ノ
慣習法ヲ生スルヲトハナレリ此レニ各國カ締結セル
條約等ヲ并セテ始メテ實地國際法ノ眞面目ヲ整フル
ヲトナリタリ然レト此ノ實地國際法ノモノタル往々
粗雜卑底ニシテ陋習ヲ存スルモノ少ナカラサルナリ
故ニ學者ハ此レヲ以テ國際法ト稱スルヲ恥トシ更ラ
ニ純正ノ理ニ基キ法度ヲ定メ國際上ニ應用セント試
ミタリ此レヲ國際法理ト云フ然レト此ノ國際法理モ
亦タ學者各偏スル所ニ由リテ説ヲ定メシモノアリテ
各學者ノ論スル處互ニ錯雜粗莽ノ感ナキニアラス左
レト其原理ニ至リテハ一貫能ク徹シ實際上屢々此レ
ニ依ルヲ勉メタルカ故實ニ近世實地國際法ノ進歩ハ

此ノ國際法理ノ進歩ニ因縁ナセシモノ少々ニアラザ
ルナリ

兩國交際ノ道二様アリ一ハ兩國間ノ交際ニシテ他ハ
兩國人民間ノ交際ナリ其兩國間ノ交際ノ慣習ヲ規則
立ツルモノ之ヲ國際公法ト云フ兩國人民間ノ交際向
キニ關スル規則ヲ國際私法ト云フ蓋シ公法ハ私法ノ
如ク政府ノ干涉ニテ規定セラレタルモノナシ故ニ此
レヲ一定ノ法則ナリトハ云ヒ難シ而レト國際公法中
ニモ時事ノ變動ニ從ヒ慣例規則ヲ異ニスルモノアリ
テ之ヲ大別スレハ大凡ソ下ニ示ス三様ノ區別アルヲ
見ル第一各國ノ無事平穩ナル時此レニ關スル慣習ヲ
規律セサル可ラス故ニ平時國際法ナルモノアリ第二
各國相爭戰スル際ノ慣習舊例ヲ集メ此レヲ規律セサ
ル可ラス茲ニ於テ戰時國際法ナルモノアリ第三陸地
外ニ亘リ海上ニ關スル法規ヲ規律セサル可ラス茲ニ
於テ即チ海上國際法ナルモノヲ生スルナリ蓋シ此ノ
國際法ナルモノ舊時ハ其行ハル、處ノ區域至テ狭カ
リシモ輓近ニ至リ漸次廣敷セラレタルヲ見ルナリ其
ノ始メニ當テハ耶蘇新教國間ノミヲ國際法ノ行ハ
ル、區域ナリトシ夫レヨリ以外ハ人類ニアラサルカ
ノ如クニ取扱ハレ居タリ降テ一千六百四十八年ウ
キェストフリーノ和親條約ニヨリ始メテ舊教國ニモ
行ハル、ヲ得ルニ至レリ然レト要スルニ耶蘇教國ノ
外ニハ未タ行ハル、モノアラサリキ後千八百六十五
年ノ巴里條約以來始メテ大ニ擴張セラレ回々教國土
耳其ニモ用イラ、ヲトナリ此レヨリ一歩ハ一歩毎ニ
進テ今日ハ早ヤ東洋モ此支配中ニ入り得ヘキヲトナ
リ實ニ今日ニ至リテハ始メテ國際公法ノ本相ヲ具フ
ルヲトハナレリ

然レト國際法ハ普子ク地球上ノ萬國ヲ支配スル處ノ
法律ニアラス只各自獨立權ヲ以テ對立スル世界ノ文
明各國間ニ行ハルヘキ法律ナリ其行ハレ得ヘキ區域
ノ度ヲ定ムルハ實ニ困難ノ業ニ似タレト彼ノ野蠻ナ
ル牡丹人種ノ類ハ到底國際法ヲ守リ又之レヲ以テ支
配シ得キモノニアラサルナリ之ヲ要スルニ國際法上
ノ責ヲ盡スニ十分ナルヘキ資格アルキハ此レヲ以テ
支配セラルヘキナリ然リ而シテ國際法ノ支配ヲ受クル
ノヲハ曾テ宣布ヲ用ユルニ及ハス日本ノ如キ曾テ此

レヲ守ルヘキ宣告ヲ用タルヲナキモ自然其支配中ニ
入り込ミタルナリ彼ノ支那ニアリテハ往年今ヨリ國
際法ヲ守ルヘシトノヲ宣告シテ笑ヲ各國ニ求メタ
ルカ如キヲアリ」國際法ハ立法官アリテ規律セシモ
ノナラサルカ故今之ヲ學フニ當リテハ其起元ヲ探求
スルハ最も要用ノヲナリトス而シテ此ノ起元ノ効力ヲ
論スルニ附キ歐洲大陸ノ各國ハ學者ノ說ヲ以テ大ニ
力アリトシ又英國及ヒ米國ノ人々ハ裁判例等ヲ以テ
最も力アリトナセリ此ク兩陸ノ間互ニ趣ヲ異ニスル
モノ蓋シ故アリ一概ニ歐洲各國ノ間ニ於テハ學者ノ
說ハ大ナル勢力ヲ有スレト英國及ヒ米國ニテハ却テ
裁判例コソ貴重サレ居ルモノナレハ其勢ノ自然茲ニ
及フモ亦決シテ怪ムニ足ラサルナリ以下ニ於テ吾人
ハ國際法ノ起元中重モナルモノヲ説明ナスベシ

第一各國ノ條約 凡ソ交際上條約ナルモノハ各國ノ
契約ニ基クモノニテ其効力タル他國ヲ制スルニ足ラ
サルモ條約國ノ間ニテハ最も強威ノ力アルモノトス
概シテ條約ハ二三ヶ國ノ間ニ通スルヲ常トナセト亦
數國連結シテ惣條約ヲナスコトアリ電信ノ制郵便條
約ノ類此レナリ此ノ如キハ各國ニモ其効力ヲ及ホス
ヘキモノアリトス而シテ兩三國間ノ締盟ニ係ハルモノ
ト雖ト其特別ノ事情ヨリ出タルモノハ格別ナレト普
通ノ規則タルヲ得ルモノニ至リテハ多クハ國際公法
上ノ條則トシテ採用セラル、ヲ常トスルナリ然レト各
國條約ヲナスニハ可成總則ノ如キ一般大體ニ係ハル
ヲ規定スルハ此レヲ避ケサル可ラス若シ然カセサ
ルハ諸般ノ事ニ効力ヲ及ボシ各國ヲ檢束スルニ至
ルナリ故ニ條約ノ要綱ハ特別ノ事ニ關スルヲ要スル
ナリソノ此ノ如キヲ編輯説述スルモノ此レ公法學者
ノ任ナリ

第二各國交際上ノ通信記録 國際法ノ骨組ハ此ノ通
信記録ニ成立ツト云フモ不可ナキカ如ク各國爭論ノ
本末ヲ記載シタルモノニテ常ニ交際家ノ助ヲナシ居
ルモノナリ此通信記録ハ一方ニ於テハ國際法上ノ舊
例ヲ知り他方ニ於テハ各國ノ歴史ヲ知ルニ必要ナリ
蓋シ此記録書ハ各々色紙ヲ用ユルモノナルカ故佛國
ニテハ之ヲ黃書ト云ヒ伊太利ニテハ綠書ト云ヒ英國
ニテハ朱書ト云ヘリ此レニハ爭論ノ際始末、判斷、

及ヒ公使ノ派遣方法等ヲモ記シ其他又爭論ノ際公使
ニ命令シ局外中立ヲナスヲ商売上ノ事等ヲ記セシモ
ノニテ各國ノ制殆ント同一ナリ蓋シ此レ實地ノ國際
法ト稱スルモ敢テ不可ナキカ如シ

第三裁判例 裁判例コソハ直チニ取りテ以テ國際法
トシテ差支ナキニ似タレト或ハ偏頗ニヨリテ裁判ヲ
ナスカ如キヲナキヲ保セサレハ大ニ注意セサル可ラ
ス蓋シ英米ニテハ外國裁判ノ場合ニモ裁判官ハ獨立
權モテ能ク之ヲ判斷シテ怠ラサレト佛國等ニテハ
往々政府ノ檢束ヲ受ケ偏頗ナル判決ヲ下スヲナキニ
アラサルナリ而シテ現時ハ多ク爭アルニ臨ンテハ仲裁
人ヲ撰ミ此レニ裁判ヲ託スルヲ常トスルモノニテ此
ノ如キハ外務省ヨリ國中ノ學者ヲ招キ諮問會ヲ開
クヲトセリ現ニ英國ニハ階下諮問會ナルモノアリテ
外交上ノ意見ヲ集録スルノ慣例アルナリ

第四學者之著述 此レ又起元ノ中重要ノ部ヲ占ムル
モノニモ若シ此ノ著述ニモ實際ノ事情ニ適シタラン
ニハ純良無疵ノ國際法ト云フモ可ナリ而シテ若シ政府
ノ政略ノ此ノ學者ノ說ト反對スルモノアレハ其反對
ハ政論ノ僻ヨリ出テタルヤ否ヤ等ニ注目スルヲ必要
ナリ何トナレハ各國ノ政略ハ往々偏頗ニ陥ルヲアレ
ハナリ

學者ノ著述中ニテモ千八百七十四年即チ今ヨリ十二
年前諸國ノ法律家交際家等相集リ國際法ノ學士會院
ナルモノヲ組織シーノ雜誌ヲ發兌シタルヲアリ個ハ
國際法ヲ學ブニ於テハ好材料タルベシ其内參考トナ
ルヘキモノハ獨逸ノ學者^{ヘフトル}海弗得氏著國際法ノ原理又
ハ米國ノ學者^{カント}氏ノ著述或ハ又我外務省ノ外交
志稿杯申スモノハ諸君ノ研究上ニ十分ノ補助ヲ與フ
ルモノナル可シ」

2 「佛蘭西民法前加卷講義」

佛蘭西民法前加卷講義・熊野敏三口述

中村清七郎筆記（明治23年12月明治法律学校卒業）

明治大学中央貴重図書

明治法律学校における講義録であり、第一回が、明
治20年10月6日で、全四回分であるが、第二回以

降の講義日時は明らかでない。

「博士熊堅先生口述 佛國民法前加卷講義完

佛國民法前加卷講義 (明大図書館)

博士熊堅敏三先生口述

中村清七郎執筆

第壹回 明治二十年十月六日

余ハ本日ヨリ佛國民法人事篇ヲ講セントス而シテ第一條ニ入ルノ前総論ヲ講説スヘキ筈ナルモ今日ヨリ将来ヲ計ルニ正文ノミヲ講スルモ凡ソ三十五日ヲ要スヘク之ニ総論ヲ講スルニ付テハ一學年間ニ於テ終結ヲ告クルニ難カルヘキヲ以テ先ス之ヲ略シ前編ヲ了リシ后尚ホ余裕アラハ則チ之ヲ講スルコトセン故ニ余ハ直チニ第一條ヨリ講セントス

前加卷

民法ハ之ヲ三編ニ分ツ第一編ハ人事第二編ハ財産即チ權利第三編ハ權利獲得及ヒ移轉ノヲ規定ス而シテ此第三編ノ外尚ホ今干茲見ル所ノ前加卷ナルモノアリ此ノ前加卷ナルモノハ獨リ民法ニ関スルモノノミナラスシテ其他一般ノ法律ニ関スル規則ナリ即チ法律ノ權力ヲ定メタル規則ナリ故ニ之ヲ民法中ニ規定センヨリハ寧ロ他ノ公法中ニ記載スルヲ以テ或ハ其當ヲ得タルモノトセン乎然レモ民法ハ佛國ニ於テ最初ニ頒布セシ法律ニシテ當時此規定ナク將タ必要ナル規則ナルヲ以テ即チ茲ニ規定セリ凡ソ法律一般ニ三段落ヲ經テ初メテ完成スルモノナリ而シテ此ノ三段落トハ何ソヤ曰ク

第一 法律ノ規定

第二 法律ノ頒布

第三 法律ノ公告

此三段落ヲ經テ法律成立スル以上ハ即チ之ヲ適用セサルヲ得ス而シテ法律克ク法律ヲ適用シ得ル所以ノモノハ何故ナルカ之レ即チ制裁アルニ因ルモノシテ若シ之レナキハ徒法ニ属ス決シテ行ハルヘカラサルナリ

法律ハ如斯成立シ又適用シ而シテ又制裁アリト雖モ而カモ其レ又人定ニ倚ルモノナレハ固ヨリ一定不變ノモノニアラス時ニ又タ廢止セラル、コアリ廢止セ

ラルレハ即チ法律タルノ効力ヲ失スルモノ也此前加卷ハ此等ノ法律ノ權力ヲ得又ハ失フコトヲ規定シタルモノナリ

抑モ法律ノ何物タルヤヲ知ラント欲セハ即チ左ヲ見テ知ルヘシ

第一 法律ノ制定、頒布、公告

第二 法律ノ適用

第三 法律ノ制裁

第四 法律ノ廢止

先ヅ以上ノ四目ヲ知ラサルヘカラス而シテ此四目中第一第二ハ前加卷中ニ規定シアルモ第三第四ニ至ラハ民法中更ニ之ノ規定アルヲ見ス故ニ別ニ之ヲ補ハサルヲ得ス而シテ此ノ各目ヲ説クノ前注意ヲ要スヘキコトアリ即チ干茲所謂法律ナル言解ハ最モ拙キ意味ニ用ヒタルノミニシテ總テ一國人民ノ遵守スヘキ一般ノ規則ナリトス即チ正文法ヲ除クノ外總テノ正文法ニ適用スルヲ得ルモノナリ

第一曰ク法律ハ制定、頒布、公告、ノ三段落ヲ要ス即チ先ツ制定アリテ法律ナルモノアリ而シテ頒布アリテ其効力ヲ生ス公告アリテ初メテ現ニ実施スルヲ得ルニ至ル故ニ制定ナクハ法律ナク頒布ナケレハ施行アルコトナシ公告ナケレハ実効力ナク將タ之ヲ格守スルニ及ハザルナリ

第一法律ノ制定

此ノ法律トハ最モ廣キ意味ニ解スレハ吾人ノ服従スヘキ官権ヨリ發スル規則ナリ佛國ニ於ケル官憲ハ時代ニ從フテ變更シ且常ニ一種ナルニアラス今日ノ官憲モ亦タ只一ニアラス數多ノモノアリ往時ノ官憲ハ先ツ暫ク之ヲ措キ現今ノ有様如何ヲ知ラサルヘカラス又而シテ現今ノ官憲ヲ區別セハ法律ハ之ヲ三個ニ區別スルヲ得

其一法律 法律ハ立法權ノ制定シタルモノナリ之ヲ法律ノ真性質トス又タ一般ノ利益ニ関スルモノナリト云フモノアリ此説ハ理論上然ルヘキモ實際上之ヲ以テ法律其物ノ本性トナスヲ得ス如何トナレハ一地方ノ利益又タ甚タシキハ一個人ノ利益ノミニ関スル法律アレハナリ倍テ立法權ハ如何ニシテ構成セラル、ヤ即チ法律制定ノ手續ハ如何ト云フニ現今ノ憲

法ニ依レハ代議院元老院ノ両院立法權ヲ有ス上院ニ於テ可決シタル議案ヲ法律ト云フ法律ニ二種アリ憲法、通常法、是レナリ通常法トハ今述ヘタルモノニシテ憲法ハ必ス両院集合シテ国会ヲ為シ國會ニ於テ制定シタルモノヲ云フ即チ制定ノ方法ハ是レニテ了レリ

其二宣令 宣令トハ如何ナルモノヤ之レ行政權ヨリ出ルモノニシテ人民ハ遵守スヘキモノヲ云フ而シテ其名稱二種々アリトス憲法ニヨレハ立法、行政ノ二大權ヲ分離區別セリ然ルニ事實上之レカ區別ヲ定ムルハ甚タ困難ナレト又タ理論上漠然之ヲ見ルハ行政權ヨリ發スル宣令ハ法律ニ從フテ發スルモノナリ之ヲ換言セハ法律ノ執行ヲ全フスル為メニ行政權ヨリ出テシモノヲ云フ故ニ一旦立法權ニ於テ制定セシ法律ハ拳テ行政權ニ入ルモノナリ

其三行政權ノ布達 行政官ヨリ規則ヲ發スルハ甚タ奇怪ナルカ如シ然レト之ヲ行政官自ラ法律ヲ制定スルノ權ヲ有スルモノニアラスシテ只タ立法者ヨリ委任セラレタル權限内ニ於テ其代理ヲ為スノミ即チ之ヲ發スルモノハ各省大臣縣知事郡長ニシテ其代理ノ權限ヲ超過セサルニ於テハ法律ノ力アルモノトス刑法第四百二十七條第十五項ニ行政官ノ適法ニ設ケタル規則ニ背ク所為ヲ罰スルヲ規定シタリキ

已上三個ノモノハ佛國現行ノ法律ノ官權ナリ而シテ各其範圍アリテ縣令又ハ郡長ノ設ケタル規則ハ法律ノ定メタル縣又ハ郡ノ区域内ニ限り行政權ノ主牽各省大臣ノ設ケタル規則ハ全國ニ通シテ其力アリ而シテ其力ノ存スル所ハ皆ナ法律ノ執行ニ係ル細則ノミナリ立法權ハ何物ニ關ラス之ヲ規定スルノ權アリ然レト亦タ憲法ノ從フヘキモノアリテ此ノ憲法ニ於テハ立法權ハ之ヲ變更スルヲ得ス之ヲ變更セント欲セハ必ス國會ニヨル可キモノナリ

斯ル範圍ノ定限アルニモ拘ラス若シ其範圍外ニ馳走セシハ其規則ハ如何ナル働キヲ要スルヤ曰ク行政權ノ布達ニ付テ、司法權ニ於テ其適當ナルヤ否ヤヲ審理スルモノナリ行政權ノ主牽ノ發スル宣令ニ付テハ如何、初代帝國及ヒ二代帝國ノ當時ニアリテハ之ヲ以テ元老院ノ職務トセリ然レト自餘ノ憲法ニテハ

他ニ規則アリ当然司法權ニ屬セシメタリ現今ト雖ト亦然リトス而シテ又最上ニ立ツ所ノ立法權ヲ制スルモノハ憲法ナリ之ヲ守ラシムルモノハ行政權ノ任ナリ若シ之ヲ守ラシムルヲ能ハサルハ之ヲ如何トモ為ス能ハスシテ遂ニ國ハ革命ニ陥ルモノナリ

第二法律ノ頒布、右述ヘタル如ク法律ヲ設クルモ真ニ執行力ヲ有スルモノニアラス唯タ其力ヲ含有セルノミ然ラハ如何ニシテ之ヲ外面ニ發表シ得ルヤ即チ頒布ヲ要スルモノナリ而シテ頒布ハ千八百三十年前ニ於テハ行政權ノ主牽ヨリ人民ニ法律ノ遵守スヘキヲ命ス該官廳ニハ之ヲ適用スヘキヲ命シテ立法權ノ制定シタル法律ヲ知ラシムルモノナリシカラ千八百七十五年ノ法律ニヨリ立法權ノ制定シタル法律ハ自ラ執行力ヲ有ス右ノ如キ命令ヲ以テスル頒布ヲ用ヒス只其存スルヲ通達スルニ止マルトナレリ故ニ頒布ヲ為スノ要ハ實際因テ以テ公告ノ日限ヲ定ムルニアリトス即チ其日付ヲ知ルヲ必要ナリ日付トハ大統領署名ノ日ニシテ即チ法律ノ頒布スル宣令ノ日付ヲ云フモノナリ

然ルニ此日付ハ人民ハ勿論裁判官ト雖ト之ヲ知ル能ハス共和八年ノ憲法ニハ法律ハ議院ニテ可決セシ上ハ必ス十日目ニ頒布スヘキモノト定メアリシカ故ニ新聞紙又ハ官ノ文書等ニヨリテ其頒布ノ日ヲ知ルヲ得タレト爾后ノ憲法ニハ此ノ規則ナク行政權ノ隨意ナリシカ此弊アリシヲ以テ現今ニテハ二方法アリ即チ急速ヲ要スルモノハ三日以内然ラサルモノハ三十日以内ニ必ス頒布セサルヲ得ザルナリ然レト尚ホ未タ其署名ノ日附ヲ知ル能ハサル困難アリ此ノ困難ハ實ニ法律ノミナラス行政權ノ主牽ノ發スル宣令ニモ又タ之レアリトス宣令ノ頒布ハ宣令ト同時ニシテ其日付ヲ詳カニスル能ハサルナリ

右ノ困難ヲ救正センカ為メ千八百十六年及ヒ千八百七十年ノ二公告アリテ此ノ二公告ハ現時尚ホ之ヲ行フモノナリトス千八百十六年布達ニヨレハ大統領署名ノ日ナレト人民ノ為メ法律全誌ヲ設ケ之ニ法律ヲ掲載シタル日ヲ以テ頒布ノ法式定マルモノトセリ而シテ之ヲ掲載スルハ司法卿ノ職務トス即チ實際ニ於テハ印刷局ヨリ司法卿ニ送致セシ日ナリトス千八百

七十年ノ布告ハ法律全誌ニシテ代フルニ官報ヲ以テス之レニ登録セシ日ハ即チ頒布ノ完成セル日ナリトセリ

然ルニ此布告ハ千八百十六年布告ヲ廢セシニアラスシテ二種ノ方法共ニ並ヒ行ハル、モノナリトス

以上ヲ約言セハ法律ノ頒布ハ行政權主牽ヨリ法律ノ發セラレシヲ公衆ニ通達スルヲ云フモノニシテ其署名ノ日ハ即チ頒布ノ日ナルモ官報又ハ法律全誌ニ登載シタルヲ以テ其完成トス

第三法律ノ公告 頒布セシ法律ハ固ヨリ執行力ヲ具有スト雖レ然レト亦タ未タ現ニ実施スルヲ得ス何トナレハ法律ハ之ヲ知ルニアラサレハ之ヲ守ルヲ得サレハナリ又タ必ス知り得ルヲ要スルナリ而シテ頒布アリシヲ知リタル日ヨリ之ヲ守ルモノニシテ之ヲ知ラシムルノ方法ハ即チ公告ナリ其方法ニ至テハ古今大ニ異ナルモノアリ古昔ハ各国共ニ皆ナ實際公告ナルモノヲ用ヒタリ即チ人民ヲ召集シテ法律ヲ朗読シタリ佛國ニ於テモ革命前ハ之ヲ行ヒタリシカ此ノ方法ハ毫モ効驗ヲ見サリシカ故之ヲ廢シテ推測ノ方法ヲ設ケタリ即チ頒布ノ日ヨリ一日ノ猶豫ヲ興ヘ之ヲ過タレハ實際之ヲ知ルト知ラサルトヲ問ハス皆ナ之ヲ知リタルモノト見做スモノナリ之レ第一條第三項ニ記セル所ニシテ而シテ一日ノ事ニ付キ議論アリ即チ此一日トハ二十四時ヲ以テスルヤ將タ夜半ヨリ夜半ニ至ル一日ナリヤト民法頒布ノ當時ニハ參事院ニ於テ法律ノ解釈スルノ權アリ之ヲ解釈シテ曰ク一日トハ滿一日ナリトス滿一日トハ假令ハ十月一日ノ頒布ノ法律ナレハ二日ヲ以テ公告ノ日トシ三日ヨリ執行スルヲ云フ而レト此ノ一日ノ期限ハ國王所在ノ地ニノミニ限リ其他ノ縣ニ於テハ頒布ノ都合ト各府縣ノ距離（十ミリヤメートル）アル毎ニ一日ノ猶豫ヲ興フルモノナリ現今ハ司法卿カ官報又ハ法律全誌ニ登録セシ日ヲ以テ頒布ノ法式完成セルモノトス而シテ司法省ハ動カサルモノナルカ故國王所在ノ地トアルヲ省ノ内ト改メタリ又若シ巨離ノ十（ミリヤメートル）以下又ハ以上ナルハ如何即チ分数ヲ定數トナスヤ將タ除去スヘキ乎此点ニ付テ民法頒布ノ初年間ハ分数ヲ定數ニ準シ増加ノ日限ヲ興ヘタリシモ今

日ニ於テハ此ノ例ヲ用ヒス何トナレハ法文ニ十（ミリヤメートル）アル毎ニ一日ヲ増ストアルカ故十（ミリヤメートル）アルニアラサレハ猶豫ヲ興フル限リニ非ラストセリ然レト此期限ハ又タ場合ニ依リテ増減アリ例ヘハ法律頒布ノ地方ト他ノ地方トノ間ニ洪水等ノ變災アリシハ之ヲ増加スルナリ草案ハ此点ニ付キ特別ノ規則アリシカ無論ノヲナリトス之ヲ刪除シ又タ其減スル場合ニハ行政權ハ主牽カ即時ニ之ヲ執行スルノ要用アリトスルハ之ヲ減スルモノナリ尋常ノ租税ニ関スル法律ニ於テ之レアリトス其故ハ日限ノ猶豫ヲ興フルハ為メニ脱税ノ徒校手段ヲナスヲアルニ依ルナリ而シテ此場合ニハ直ニ之ヲ縣令ニ送付シ縣令ハ之ヲ揭示ニ掲ケ而シテ直ニ執行スルモノナリ

千八百七十年ノ宣令ニヨリ頒布ノ方法ニ捩ルトナリシカ故ニ公告ノ方法モ亦タ二様アリ而シテ猶豫期限起算ノ基本ハ縣トナサスシテ郡トセリ故ニ郡ノ首府ニ到達シタル日ヨリ起算スルモノナリ其他ノモノハ宣令ニアレハ法律ノ即時執行ヲ命スルノ權ヲ行政權ニ興ヘタリ而シテ即時執行トハ頒布ノ后直ニ執行スルノ意ナルカ將タ郡縣ニ到達シタル上直ニ執行スルノ意ナル乎甚タ明瞭ナラサルナリ

第 三 回

本日ハ前回ニ続キ行政權ノ宣令公告ノヲ一言セン今日法律ト宣令トノ間ニ此ノ公告ノ点ニ付キ少シモ區別アルヲナシト雖レ往時ハ決シテ然ラス初代帝國ノハ宣令ハ實際公告即チ公衆ノ前ニ於テ之ヲ朗読シタル后執行スルモノニシテ實ニ人民ノ驚惶ヲ致セシモノナリ何トナレハ宣令ハ法律ト異ナリ其起草討議ノ公然外顯スルモノニアラス暗全隱密ノ中ニ成ルモノナレハ人民決シテ之ヲ豫知スル能ハサルモノナリ由テ共和八年卯月廿五日參事院ノ意見アリ之レニヨレハ法律全誌ニ掲載シタル宣令ハ各縣首府ニ其配布ノ日ヨリ之ヲ執行スヘク又タ法律全誌ニ掲載セサル宣令ハ執行ニ任スル官吏ヨリ揭示圖文又ハ通達ヲ以テ当人ニ通知シタル日ヨリ之ヲ執行スヘキナリ而シテ實際此ノ意見ニ從フノ慣例ナルカ故ニ現今宣令ハ法律全誌ノ縣廳ニ到着シ又ハ官報ノ郡縣ニ到達シ

タル日ヨリ若クハ揭示回文通達ヲ以テ当人ニ通知シタル日ヨリ之ヲ遵守スヘキモノトス行政官ノ布達ニ至リテハ上來陳述シタル規則ヲ適用スヘカラス先各省卿ノ布達ハ一般公益ニ関スルハ之ヲ官報又ハ法律全誌ニ編載スルヲ敢テ宣令ニ異ナラスト雖モ其他ノ布達ハ特別ノ類集ニ登載スルモノナリ又タ縣令又ハ邑長ノ布達ハ其頒布ナキヤ明カナリ何トナレハ其制定スル規則ハ其縣内又ハ邑内ノミニ適用スヘキモノニシテ官報又ハ法律全誌ニハ地方規則ヲ編載セサレハナリ

又タ公告ハ頒布ヨリ実施マテ日限ノ經過スルニアルヲ以テ頒布ナキ処ハ從テ公告ナカルヘシ大審院ノ断例ニヨレハ行政官ノ布達ハ實際慣用ノ方法即チ揭示ヲ以テ人民ニ通知シタル日ヨリ之ヲ遵守スヘキナリ千八百三十四年五月三日ノ法律ハ此ノ断例ト全一ノ法律即チ規定ヲ為シタリ之レ法律上ノ公告ニアラスシテ實際上ノ公告ナルモノナリ

法律及ヒ宣令ニ付テハ法律上ノ公告ノ外尚ホ行政上ノ公告ナルモノアリ故ニ法律中往々諸官吏ニ公告ヲ為スヘキヲ命令スル條例アルヲ見ルヘシ例ハ千八百七十年前ニ在テハ頒布ノ文体ヲ定メシ所ノ千八百五十二年十二月二日ノ宣令ノ如シ又千八百七十年宣令第三條ニ曰縣令及ヒ郡長ハ有要ノ地ニ法律及ヒ宣令ヲ刊行シ揭示スルヲ為メ其処置ヲ為スヘシト此等ノ注意ハ法律上ノ公告ト相對シテ太タ不用ナルカ如シ何トナレハ公告ハ頒布ヨリ実施マテ日限ノ經過スルアルヲ以テ前ニ之ヲ檢視スルヲ要セサルナリ之レ蓋シ揭示スル行政上ノ公告ヲ指スモノナリ夫レ法律上ノ公告ハ頒布ト執行トノ間日限ヲ定メ三十日ヲ過クレハ人民法律ヲ了知スルモノト推測スト雖モ人民現ニ法律ノ存在スルヲ了知スルニハ必ス行政上ノ公告ヲ要スベシ依テ法律全誌官報又ハ（モニトル）新聞ニ號ヲ各邑ニ送達シー号ハ之ヲ揭示シー号ハ之ヲ邑長ノ文書室ニ備ヘ置キ以テ公衆閱覽ニ供スルモノトス然レモ邑長其職務ヲ怠リ揭示ヲ為サスト雖モ公告ノ日限ヲ經過スルハ法律ヲ遵守スヘキヤ勿論ニシテ揭示ナキヲ口実トシ法律ノ適用ヲ免ルヘカラス已上陳述シタル頒布及ヒ公告規則ヲ參觀スルハ左

ノ結果ヲ生ス

即チ佛蘭西全國ニ於テハ法律ハ全時ニ遵守力ヲ得サルト是レナリ法律カ全國一般ニ全シク執行力ヲ得ルモノハ全國ノ為メ只ターノ頒布アルヲ以テナリ然レモ其遵守力ヲ得ルハ各地其日ヲ異ニシ一地方ハ已ニ新法ニ服從スルモ他方ハ否ラスシテ尚ホ旧法ニ服從スルヲアリ如斯法律ノ実施ハ各地其日ヲ異スルヲ以テ實際ノ困難ヲ生ス例ハ本籍巴里ノ人現ニ馬耳塞ニ寄留シ又タ本籍馬耳塞ノ人現ニ巴里ニ寄留セリ時ニ新法ノ頒布カアリトセンニ其巴里ニ於テ遵守力ヲ得レハ馬耳塞ヨリ数日前ナルヘシ此ノ人ノ服從スヘキ期ヲ定ムルニハ寄留ニ依ルヘキヤ將タ本籍ニ依ルヘキヤ又タ本籍ヲ異ニスル兩人間法律上ノ關係アリト想像センニ一方ノ本籍ニ於テハ新法既ニ遵守力ヲ得ルモ他方ノ本籍ニ於テハ未タ遵守力ヲ得サルノ際關係ヲ生シタルハ何レノ法律即チ新法又ハ旧法ヲ遵守スヘキヤ

此点ニ付テハ三說アリ第一說ニ曰ク頒布ハ法律ノ遵守スヘキ命令ナリ此ノ命令ハ一地方ニ於テハ幾日ニ法律上之ヲ了知スヘキモノト推測ス故ニ法律ノ遵守力ヲ定ムルハ寄留ニ依ルヘシ本籍ニ從フハ推測ニ推測ヲ重キ各人常ニ本籍ニアリト見做スモノナリト第二說ニ曰寄留ハ只タ事實ノミニ止マリ本籍ハ法律上ノモノナレハ本籍ニ依リ法律ノ遵守力ヲ定ムヘシト若シ寄留ニ從フハ各人法律ヲ了知シタルヤ否一々之ヲ捜査スルノ煩勞ニ陥リ法律カ一定ノ規測ヲ設ケタル目的ヲ誤ルモノナリト此ノ兩說ハ實ニ極端ニ走ルモノニシテ寧ロ大審院ノ断例ノ穩当ナルカ如シ其說ニ從フハ兩說ノ如ク專ラ本籍又タハ寄留ニ依ラスシテ法律ノ種類ニ從ヒ區別ヲ為スコシト云フニアリ第三ノ規定ヲ茲ニ適用スルモノナリ法律中ニハ本国如何ヲ問ハス一國中ニ寄留スルモノ、其地ニ頒布サレタル法律ニ服從スヘキモノナリ此ノ種ノ法律ナレハ本籍ニ於テ未タ新法ノ頒布アラスト雖モ現ニ其頒布アリタル地方ニ寄留スルモノハ之レニ服從スヘキモノナリ又タ外国ニ寄留スト雖モ同國ノ法律ニ服從スヘキモノナリ此ノ種ノ法律ニ於テハ寄留地ニ於テ新法ノ頒布アリト雖モ其本籍ニ於テ遵守力ヲ

得ル后ニアラサレハ之ニ服従スベカラスト
干茲一ノ附言スヘキモノアリ第一條ノ規則ハ其第一
項ニ明記スル如ク佛国領地ノ為メ規定シタルモノト
為スルハ外国ニアル佛国人ニ於テ法律ハ如何ナル方
法ニヨリ且ツ何時ヨリ遵守力ヲ得ヘキヤ実ニ外国ニ在
ル佛国人ト雖モ遵守スヘキ所ノ法律アルハ余カ第三
條ニ至リ之ヲ見ルベシ今新法ノ頒布アリテ此ノ種ノ
法律カ改正シタリトセンニ此ノ新法ハ如何ナル方法
ニヨリ且ツ何時ヨリ外国ニアル佛人ノ為メニ遵守力
ヲ得ヘキヤ此ノ困難ハ往時離婚ヲ廢シタル法律ニ付
キ實際ニ生シタリキ大審院ノ断例ニヨレハ此ノ場合
ニ於テハ頒布公告ヲ説クヘカラス實際ニ付キ其人現
ニ法律ヲ了知シタルヤ否ヤヲ尋ヌヘシト此ノ断例ハ
甚タ條例理ニ適セリト云フヘシ

今ヤ頒布及ヒ法律ノ公告ニ関スル佛国ノ法律ヲ実行
スルモ頒布又ハ公告ニ二種ノ方法アルハ其益ナクシ
テ不条理ナルヲ固ヨリ論ヲ俟タス法律ノ頒布ハ實際
上今日尚ホ有益ノモノトナス乎公然兩議院ノ討議ヲ
經テ採用セラレタル法律ナリ尚ホ何ソ之ヲ頒布スル
ノ必要アランヤ尚ホ如何ノ其存立ヲ人民ニ通知スル
ヲ用ヒンヤ全ク無用ノ法式ナリ蓋シ歷史上ヨリ之ヲ
説明スルヲ得ヘシ往時王国ノ時代ニアリテハ行政權
ヲ以テ立法權ニ勝サレルモノト見做セシナリ故ニ法
律ハ議院ノ可決セルモノモ未タ完成セスシテ行政權
ノ主牽タル国王ノ裁可ヲ要スルモノナリキ王国時代
ノ憲法ニ於テ国王ニ法律ノ裁可權ヲ與ヘタル是レナ
リ而レモ今日佛国ノ憲法ニ依レハ最上ノ權ハ立法權
ニシテ独リ命令スルノ權ヲ有セリ尚ホ何ソ行政權ノ
主牽ヨリ更ラニ頒布ヲ為スヲ要センヤ

公告ノ有益ナルヲハ稍ヤ顯然タルカ如シ人民ニシテ
法律ヲ遵守セシムルニハ之ヲ知ラシメサルヘカラス
而レモ里程ノ遠近ニ從ヒ日限ヲ定ムルノ要用アルカ
昔日国内歩行困難ナリシハ距離ニ應シテ日限ヲ異
ニスルノ理由アリシナラント雖モ今日ノ如キ通行容
易神迅ナル滌車汽船ノ世ニアリテハ實ニ極メテ無益
ノ困難ヲ治ムルモノナリ全国ノ為メ公告日限ヲ一定
シテ其日限ヲ過タレハ法律ハ全国一般ニ遵守力ヲ得
ルモノト為スノ簡易ナルニ如カス千八百四十五年二

月廿八日白耳義法律ニ曰ク法律ハ之ヲ官報ニ編輯シ
タル日ヨリ十日ヲ過クレハ遵守スヘキモノナリ」ト
又意大利民法第一條ニ曰ク法律ハ頒布ヨリ十五日ヲ
過クレハ全国ニ於テ執行セシムルヘシト此等ノ法律
ハ全国ノ為メ法律ノ公布ノ日限ヲ一定シテ以テ余ノ
今述ヘタル困難ヲ一掃セシメタルモノト云フヘシ
第二法律ノ適用

既ニ述ヘタル規則ニ從ヒ法律ヲ制定、頒布、及ヒ公
告シタルハ其適用ヲ為サルヘカラス即チ官權ニ
アリテハ之ヲ執行スヘク人民ニ在テハ之ヲ遵守スヘ
キヲ云フナリ上下ノ勢異ナレハ其語モ亦同シカラス
シテ或ハ執行ト云ヒ或ハ遵守ト云フト雖モ之レ均ト
シク法律ノ適用ニ外ナラス而シテ法理ノ適用ハ如何
ナル規則ニ從フヘキヤ法律ノ種類ニヨリ其適用上如
何ナル區別ヲ為スヘキヤ此ノ問題ハ非常ニ重要ナル
ノミナラス亦タ非常ニ困難ナルモノナリ之レ佛国民
法第二、三、四、五、六條ニ規定スル処ニシテ殆ン
ト前加巻ヲ總領スルモノト云フヘシ而シテ其大体ヲ
挙クレハ左ノ六点ニ歸ス

- 第一 法律ハ行政權ニ在テモ之ヲ遵守スヘキヲ
 - 第二 法律ハ司法權ニ在テモ之ヲ遵守スヘキヲ
 - 第三 法律ハ人民ニ在テモ之ヲ遵守スヘキヲ
 - 第四 法律ノ適用ハ時ニ関シテ如何ナルヲ
 - 第五 法律ノ適用ハ事物ニ関シテ如何ナルヲ
 - 第六 法律ノ適用ハ人民ニ関シテ如何ナルヲ
- 右ノ六点ヲ逐次講究セン

第一法律ハ行政權ニ在テモ之ヲ遵守スヘキヲ
夫レ行政權ハ前説シタルカ如ク法律ノ執行ヲ確保シ
且ツ檢視スルヲ以テ其本職ト為スモノナリ依テ法律
ノ執行ヲ確保センカ為メ宣令ヲ發スルヲ得ルモノナ
リ又之ヲ發セザルヘカラス而シテ之ヲ發スルヤ必ス
法律ヲ遵守スヘクシテ決シテ之ヲ法律ニ抵触スル宣
令ヲ制定スルヲ得ス若シ之ヲ制定スルハ其適法ノ
モノナラサルヲ以テ司法權ハ其適用ヲ拒ムヲ得ヘシ
然リト雖モ行政權ハ場合ニ依リ人民ノ為メ法律ノ適
用ヲ免除スルヲ得之レ實ニ奇怪ナリト云ハザルヲ
得ス現今ノ憲法ニ從ヘハ立法權ハ最上ノ權ニシテ行
政權ノ上ニ位スルモノナリ立法權ハ専ラ命令スルノ

権ヲ有ス行政権ハ其命令ヲ遵守セサルヘカラス而ルニ今日法典中ニ人民ノ為メ法律ノ適用ヲ免除スルヲ得ルノ權利ヲ行政権ノ主牽ニ付與スル條例ノ存スルアリ例ヘハ第四百四十五條カ婚姻ノ不適齡ニ関シ又第六百六十四條ノ婚姻ノ為メ親屬若クハ婚姻ノ妨礙ニ関シ行政権ノ主牽ニ法律ノ適用ヲ免除シテ婚姻ヲ為スヲ許スノ権ヲ付與スルカ如シ此ノ規則ハ往時ノ憲法ヨリ來ルモノニシテ現今ノ憲法ニ抵触シ条理上決シテ起ル可カラサルモノナリ

且ツ法律ハ一旦其存立スル上ハ嚴正ニ其權力ヲ持准セサルヘカラス正確ニ其執行ヲ保全セサルヘカラス法律アリト雖モ或ハ之ヲ適用シ或ハ之ヲ適用セサルモ人民之ヲ輕侮シテ敢テ遵守セサルニ至ル為メニ法律ハ其權力ヲ失フノミナラス又實際重大ノ弊害ヲ生スルヲ少クナラス親屬若クハ婚姻ニ妨碍アリト雖モ適法ニ婚姻ヲ為ス希望アルヲ以テ容易ニ担慮ヲ起シ遂ニ過失ニ陥ルニ至ルハ人情ノ免ルヘカラスル処ナリ其懷胎スルニ及ンテ他少寛恕スヘキ理由ヲ申立テ急ニ婚姻ノ為メ親屬若クハ婚姻ノ免除ヲ情願スルナラン然ルニ其情願ノ聞届ケラル、ト否トニ從ヒ同シク私生ノ子ニシテ或ハ幸ニ正当ノ子トナリ或ハ不幸ニシテ正当ノ子トナラサルモノアリ之レ行政権ノ主牽隨意ニ人ノ身分カ定ムルモノナリ豈之ヲ不條理ト云ハサルヲ得ンヤ

第二法律ハ司法權ニ於テモ之ヲ遵守セサルヘカラス司法ハ法律ヲ遵守スヘキ点ニ付テハ少シモ例外アルヲナシ司法權ハ特ニ法律ヲ適用スル為メ設置セラレタルモノニシテ決シテ其適用ヲ免ル、ヲ得ス而シテ裁判官ノ其職務ヲ行フヤ民法ハ之レニ二種ノ規則ヲ命セリ裁判官ハ之ヲ遵守セサルヘカラス

一裁判官ハ訴訟人ノ請求シタル以外事件ヲ裁判スヘカラス夫レ訴訟ハ通常主タル及ヒ從タル數ノ事件ノ密着スルモノニシテ之ヲ分離スレハ其真面目ヲ知察スルヲ得サルヲ極メテ多シ而シテ主タル事件ヲ裁判センニ原被相方其主タル事件ヲ陳述シ裁判官之ヲ聞知スルヲ要ス而シテ裁判官ハ必ス主タル事件ヲ裁判スルヲ拒ムキヲ得ス而シテ必ス主タル事件ヲ裁判スヘカラス從タル事件ヲ裁判スヘカラス又裁判ヲ拒絕

スルモハ第四條ノ法文ニ從ヒ裁判拒絕ノ罪ニ服スヘカ裁判拒絕ノ手續キハ治罪法第五百六條及ヒ七條ニアリ又其刑ハ刑法第百八十五條ニ規定セリ此レハ民刑裁判所ニ於テハ甚タ稀レナリト雖モ行政裁判所ニ於テハ其例少ナカラス反之裁判官請求外ノ從タル事件ヲ裁判シタルモハ其判決ハ哀訴ニ服スヘシ此点ニ付テハ訴訟法第四百八十條第三項ヲ見ルヘシ

抑モ裁判官ノ訴訟ヲ判決スルニ付テハ左ノ三個ノ場合中必ス其中ニ入ルヘシ本訴ニ全ク適用スル處ノ法律ノ明文アラン此ノ場合ニ於テハ單ニ法律ヲ適用シテ可ナラン、或ハ法律ノ不明ナリ不備ナルヲアラン此場合ニ實際生シタル事件ハ法律ノ規定シタル事實ト稍ヤ其面目ヲ異スル場合アラン此ノ場合ニ於テハ法律ヲ解釈シテ之ヲ適用スヘシ又タ或ハ本件ニ付テハ法律ノ全ク欠文スルヲアラン此ノ場合ト雖モ裁判官ハ必ス裁判ヲ與ヘサルヲ得ス兩人ノ間利益ノ爭論ヲ生スルヤ其直曲ヲ判斷スルハ實ニ必要ニシテ止ムヘカラスルヲナリ

若シ裁判所ニ於テ判決ヲ與フル事ナケレハ人民自ラ裁判ヲ行フニ至ラン故ニ第四條ニ曰裁判官ハ法律ノ不明不備若クハ欠文ヲ口實トシテ裁判ヲ拒ムヲ得ス」ト此規則ハ刑事ニ在テハ一ノ例外ナリトス此レ刑事ハ民事ト全ク其解釈ヲ異ニスルモノナレハ刑事ハ廣ク演繹ヲ用イ類例ヲ援引シテ法理ヲ適用スルヲ得ストノ意ナラン乎余モ亦タ然リトス刑事モ正條ナキ所為ハ悉ク許容スルモノナリ即チ犯罪ヲ構成セサルモノナリ若シ正條ナクシテ其所為ヲ罰ストセハ人民常ニ戰々競々トシテ自由安途ノ心ナカルヘシ然ルニ刑法ニ正條ナシト雖モ判決ヲ與ヘサルヘカラス即チ無罪ノ宣告ヲ與フルナリ民事ニ在テハ果シテ此事ノ異ナルカ民事ノ欠文アル場合ニ於テ裁判官ノ職務ハ如何ナルヘキカ一般ノ說ニヨレハ裁判官ハ其良心ニ問ヒ自然法ヲ斟酌シテ判決スヘシト云ヘリ此說ハ草案ニ論拠スルモノナリト雖モ余ハ反對說ニ左袒セントス原告其請求ヲ主張セン為メ純然タル自然天然法ノ原則ヲ引証シ間接ニモ法文ニ論拠スルヲ得サルトキハ敗訴ノ宣告ヲ受クヘキモノト信スルナリ然シテ之ヲ裁判拒絕ト為スヲ得ス何トナレハ裁判官ハ

原告人ノ請求不相立モノト判決スレハナリ法文ニ依レハ裁判官ハ法律ノ欠文ヲ以テ口実ト為スヲ得スト云ヘリ即チ自然法ニ論及セスト雖モ法律中ニ訴訟ヲ判決スヘキ方法アルヘキヲ以テ裁判官ハ適法ニ其方法ナシト謂フヲ得ストノ意ニ非サルヲ得ンヤ

二 裁判官ハ其ノ受理シタル訴訟ニ付キ一般成規ノ方法ヲ以テ宣告スルヲ得ス 此規則ハ佛国旧法ノ弊害ヲ矯正スルヲ以テ其目的ト為スモノナリ往時法院ハ立法権ヲ有スルカ如ク各其管内ニ於テ豫メ一般ニ某々ノ論争ヲ生スルハ斯々ニ判決ヲ為スヘシトノ宣告ヲ為スヲ常數トス之ヲ成規ノ判決ト云フ故ニ国王之ヲ改正セサル間ハ仮リニ法律ノ権力ヲ有セシナリ此ノ成規ノ判決ハ立法権ト司法権トヲ混合スルノ危険アルノミナラス國中ニ於テ法律ノ一定ヲ妨クルノ弊害アリキ千七百九十年八月十六日、二十四日ノ法律ハ正シク司法権ノ範圍ヲ定メ爾來兩權ノ分離ハ佛国憲法ノ基礎トナリタリ第五條ハ此原則ヲ制定スルヲ常目的トシ裁判所ニ立法権ヲ拒絶スルモノナリ而シテ本條ノ制裁ハ刑法第二百七条ニアリ其禁止ヲ犯シタル裁判官ハ瀆職ノ刑ニ処セラルヘシ

第三回

本日ハ法律適用ノ第三ヨリ講セン

第三 法律ハ人民ニ在テモ之ヲ遵守スヘキヲ

人民ノ守ラサルヘカラサル法律ハ之ヲ區別スルヲ要ス而シテ一要ニ遵守スルノ義務アルニアラス民法第六條ハ公ケノ秩序又ハ善良ナル風俗ニ関スル法律ハ私約ヲ以テ（之ヲ破フルヲ得ス）其適用ヲ免ル、ヲ得スト規定シ此二者ハ必ス遵守セサルヘカラサルヲ示シタリ然ラハ則チ其以外ノモノハ契約者間随意ニ其適用ヲ免ル、ヲ得ヘキモノトス

公ケノ秩序、善良ナル風俗ノ二語ハ言語上甚タ判然明白ナルモ其物ノ如何ヲ見ルニ至テハ頗ル曖昧ニ属シ如何ナル大學者ト雖モ容易ニ之ヲ明解スル能ハサルナリムールロン氏ノ如キハ之ヲ以テ人ノ感覺ニ関スルモノナリトセリ然レモ是又タ曖昧ニ歸スヘシ以テ義解ト為スニ足ラス而シテ此二語ハ明ニ其意義ヨリ解スルヲ要スルモノニシテ余ヲ以テ之レヲ觀レハ公ノ秩序ハ之ヲ公益ト為シテ可ナラン何トナレハ法

律ハ原案ニハ公益ニ関スル法律ハ私約ヲ以テ其適用ヲ免ル、ヲ得ストアリテ公衆ニ関スルトハ即チ公益ナリ而シテ原成文ノ原案ニ異ナレルハ他ニ趣意アリシトノ痕跡ヲ存セザレハ則チ唯タ文字ヲ變更センノミニシテ意味ハ之ヲ改メサリシモノナレハナリ故ニ断然公益ト読下スヘシ而シテ斯ク公益ヲ眼目トセサル法律トハ如何 公法中ニ就テ之ヲ言セハ国權即チ社會權ニ関スル法律裁判所ノ構成ニ関スル法律国ト人民トノ關係ヲ規定セル法律是レナリ又私法中ニ就テ之ヲ言セハ人ノ身分能力ニ関スル法律即チ概子人事篇ノ法律ナリ例ヘハ父母ノ權夫ノ權ノ如シ而シテ又所有權ノ組織ニ関スル法律モ公益ニ関スル法律ノ中ニ入ルナリ第六百八十三条六百八十六条ノ場合ノ如シ又タ此他公ケノ秩序ニ関スル法律中第三者ニ関スルモノヲ加ヘサルヘカラス第三者ニ関スル法律トハ契約者双方ノ契約ヲ以テ他人ニ害セサルヲ保護スル法律ニシテ其公益ニ関スル法律モノタルヤ無論ナリ千八百五十五年ノ法律ハ賣買ニ付不動産ノ買主ハ其獲得ノ証書ヲ公ケノ簿冊ニ登記セサルヘカラス若シ双方ノ合意ヲ以テスルモ反之契約ハ其効ナシトセリ是レ即チ第三者ノ為メニ設ケタル法律ナレハナリ以上ヲ要スルニ公ケノ秩序ニ関スル法律ハ社會ノ利益及ヒ第三者ノ利益ニ関スルモノナリトス故ニ此以外ノ法律ハ素ト双方ノ利益ノ為メニ設ケタルモノナレハ随意ニ其適用ヲ免ル、ヲ得即チ一般契約ニ関スル法律是ナリ是等ノ法律ハ尋常ノ場合ヲ想像シ双方ノ意思定メテ斯クノ如クナラント推測シテ規定シタルモノナレハ其結果ヲ得ンニハ別ニ証書ヲ作ルノ煩ナリ即チ便宜ノ為メ設ケタルモノナレハナリ例ヘハ賣買ヲ為セハ担保ノ義務アルカ如キ若シ法律ナケレハ一々証書ヲ以テ之ヲ契約セサルハナラサルモ法律アルカ故ニ之ヲ要セサルカ如シ而シテ若シ法律ノ規定ニ異ナレル意思ナルハ則チ明ニ之ヲ言セハ可ナルノミ此時ハ即チ双方間ハ法律トナルモノニシテ第千百三十四條ハ全ク契約自由ノ原則ニ依リシモノナリ斯ク二種ニ別チ來ルハ其區別如何其限界曖昧ニシテ明了ナラサルアリ即チ公法私法中法律ノ適用ノ貯存ニ優ル場合アリ例ヘハ千四百五十三條千六百

七十四條ノ如シ即チ不動産ノ売買ニ過半ノ損失アリシハ其契約ヲ取消スヲ得然ラサルハ取消ヲ得スト定メタルハ公ケノ利益ニ関スルモノナルヤ將タ人民ノ利益ノ為メナルヤ多少明瞭ヲ欠カサルニアラス然ルニ佛國學者メールテン氏ノ主張セル説アリ曰ク其限界ハ立法者ノ記セル文体ニ依リテ區別セサルヘカラスト抑モ法律ニハ禁止、命令、任意ノ三種アリ故ニ此説ニ從ヘハ立法ノ意禁止ニ付テ述ヘシハ人民ノ利益ヲ慮リシニアラスシテ公ケノ秩序ニ関スルモノナリ又命令ノ意ヲ以テ述ヘシハ之レニ同シク是命令法ニハ必ス禁止ノ意ヲ含蓄ス又若シ立法者ノ意單ニ特許スルニ過キサルハ是即チ契約者ノ為メニ定メタルモノニシテ其守ルト否トハ之ヲ任意ニ付セルナリ法律ノ文若シ常ニ明瞭ニシテ斯克區別シ得ラル、ニ於テハ大ニ簡單ニシテ採ルヘキノ説ナリト雖ト立法者ノ法律ヲ書スルヤ必スシモ其文章一定ナラスシテ或ハ其文字ノ恰當ナラサルアリ即チ任意ノ意ニシテ却テ命令禁止ノ文ヲ用ユルアリ故ニ文体ニヨリ區別スルヲ為シ能ハサルニシテ寧ロ深く其意ヲ吟味シテ區別スルノ外ナク而シテ尚ホ曖昧ナル場合アレハ判決例ニ依ルヘキナリ第六條ニハ又タ善良ナル風俗トノ文字アリテ之レニ戻ルカ為メ契約ノ取消又ハ實際屢之レアルナリ而シテ此規則ハ甚タ必要ニシテ民法中処々ニ此ノ記載アリ殊ニ契約篇ナル第千百三十三條ニ於テモ同一ノヲ述ヘタリ抑モ此語ハ如何ナル意義ナルヤ是又公ケノ秩序ニ関シテ其字義ヲ定ムルヲ甚タ困難ナリトス凡ソ各国ハ一般ニ刑法ナルモノアリテ犯罪ノ所為及ヒ罰ノ科スルヲ定ムルト雖ト其間フ所ハ他人ノ權利ヲ害スル所為ノミニ止マリ他人ヲ害セサルモノニ至リテハ更ニ問フ所ニアラス固ヨリ刑法ニ觸ル、所為ノ公ケノ秩序ニ反スルモノナルヤ善良ナル風俗ニ反スルモノナルヤ極メテ明瞭ナリト雖ト刑法ノ問ハサル所為ニシテ而モ風俗ヲ害スルモノアリ然ラハ善良ナル風俗トハ如何ニ之ヲ定義スヘキヤ曰ク一國ノ輿論人情ヲ以テ道德上ノ思想ニ悖戾スト為ス所為ハ善良ナル風俗ニ反スルモノナリ而シテ此処ニ於テハ道德上ノ思想アルヲ要スルナリ然レト一タヒ道德ニ陷レハ甚タ曖昧

トナリ智識ヲ以テ差別シ能ハサルニ至ルカ如キモ而モ如斯ナルニアラス凡ソ道德上ノ思想ハ假令一己人トシテハ種々ノ異論アルニモセヨ一般一國ノ思想ハ定マルモノナレハ此ノ語モ當時ノ人情ヲ以テ道德ニ反ルトノ意ナリトス而シテ之ヲ實際ニ表出スルハ即チ判決例ニアリトス

第六條ニハ右ノ二語ノミヲ用ユルト雖ト前ニ述ヘタル第千百三十三條ニハ更ニ一語ヲ加ヘ契約ノ原因ノ不当ナルモノノ三ヲ示セリ 一、公ケノ秩序ニ反スルモノ、二ハ善良ノ風俗ニ悖ルモノ、三ハ法律ノ禁スル場合ナリ、然ラハ此第三ノ場合ハ本條ノ外別ニ存在スルモノナルヤ曰ク否ナ是レ唯タ第六條ノ適用ニ過キサルナリ法律ハ右一二ノ言語曖昧ナルカ故ニ時トシテハ特別ニ法律ノ禁スルヲ明言スルアリ千百三十三條ノ如キ即チ是ニシテ実ハ必ス一二ノ中ニ入ルヘキナリ例ヘハ未分物ハ五年以上共有スルヲ得スト定メタルハ公益ニ関スルモノナレト其特別ニ規定セシハ即チ町重ニ明言セシモノナルカ如シ以上人民ニ於テ法律ヲ守ラサルヘカラスサルヲ及ヒ其之ヲ守ルハ二様アルヲ述ヘタリ以下第四ニ移ラン

第四 法律ハ時ニ関シテ如何ナル適用ヲナスヤ

第二條ノ規則ハ何人モ既ニ之ヲ明知スル所ニシテ法律ノ權力ノ既往ニ及ハサルハ明瞭ナリトス抑モ法律ハ其性質必ス命令、禁止、許可ノ三ニ出テサルハ屢述ル所ニシテ即チ總テ人ノ行ノ規則ナリ此ノ命令、禁止ノ如キハ之ヲ将来ニ向テナシ得ヘキモ之ヲ既往ニ及ホサントスルハ決シテ人力ノ能クスヘキ処ニアラス故ニ此原則アルハ理論上固ヨリ当然ナルノミナラス理論ヲ去リテ其實用ヲ論スルモ亦其無論ナルヲ信スルナリモンテスキュー氏曰自由トハ各人其自己ノ權利ヲ安全ニ保全スルニ安スルヲ云フト若シ其レ往時ノ法律ニ從ヒ權利ヲ獲得セシモノ法律ノ一變アリシカ為メニ之ヲ失フアレハ所有權ハ更ニ安全ナル能ハス啻ニ所有權ノミナラス刑事ノニ付テ論スルモ昨日此ノ所為ヲ以テ無罪ナリトセシモノ今日ハ則チ刑ヲ科スル如キアラハ人ノ行ノ自由ハ全ク之レナキモノト云フヘキナリ此故ニ法律ヲ既往ニ及ホスニ於テハ民法上ノ自由ハ全ク存在セサルニ至ルヘ

ク即チ此原則ハ理論上實際上両ナカラ適合セル善良ノモノナリトス原則ノ主意如斯ソレ明瞭ナリト雖ヒ之ヲ實際ニ適用スルニ至テハ亦タ非常ニ困難アリ而シテ之ヲ適用センニハ先ツニケノ場合ヲ想像セサルヘカラス

第一 一ノ事実カ法律ノ行ハル、当時ニ於テ到着シ而シテ其法律ノ施行中所為ノ結果ノ成就セシ場合此ノ場合ニ於テハ事実ノ性質及ヒ法律上ノ結果ヲ定ムルニ其適用スヘキ法律只ターアルカ故ニ更ニ困難アルヲナシ

第二 一ノ法律上ノ事実カ現行法ノ下ニ到着シ其結果ハ改正法ノ出テシ後ニ於テ生シタル場合此場合ハ如何スヘキヤ新法ノ力ヲ及ホスヘキヤ否抑モ事実ニハ二様アリテ其完結スルト同時ニ結果ノ生スルヲアリ然ルハ別ニ困難ナキモ事実ノ完結セシ後着手ノ時日ヲ経テ結果ヲ生スル場合ニ付テ其所為ノ發生ト結果ノ發生トノ間法律ノ變更アリシハ如何此ノ場合ニ於テ新法ノ力ヲ及ホスハ既往ニ及ホスモノニシテ第二條ノ原則ニ反スルヤ否假令ハ遺囑贈與ヲ為シタルモノアリ其遺囑ト死去ノ日トノ間ニ新法出テ、規則ヲ變更セシハ旧法ヲ適用セハ有効ナルヘキモ新法ヲ適用セハ無効トナルヘシ此時ハ如何ニスヘキヤ又タ結婚ノ場合ニ於テ財産契約ヲ為シタル后法律ノ變更アルハ新法ニ依ルヘキヤ如何スノ法律ノ改正アリシカ為メニ生スル法律適用ニ付テノ困難ヲ稱シテ法律ノ遷過ノ問題ト云フ而シテ新法ヲ既往ニ及ホスヤ否ニ付キ法律ノ特別ニ規定スルヲアリ然ルハ此ノ原則ヲ適用スルノ最モ容易ナリト雖ヒ其如斯規定ヲ遺忘セシハ如何スヘキヤ之ヲ研究セサルヘカラス

今ヤ此原則ノ適用ヲ論定スルニ先チ一ノ注目ヲ要スルヲアリ即チ法律ニハ其目的或ル權利ヲ有スルモノニ関シ其權利ヲ得又ハ消滅スルノ方法ヲ定ムルニアラスシテ全ク其權利ヲ廢スルヲアリ是等ハ必ス其既往ニ及ホスヘキモノタルヲ言ハスシテ明カナリ例ハ封建ノ制ヲ廢セシカ故ニ君主ハ生殺與奪ノ權ヲ失ヒ奴隸ヲ廢シタルカ故ニ之ニ對シ權利ヲ有セシモノ、之レヲ失フカ如シ是其旧法ハ法理ニ背反セシモ

ノナレハナリ

右ノ外尚ホ前ノ困難ヲ定ムルノ前第二條ヲ適用シ得ルヤ否ニ付明瞭ナル場合ヲ述ヘン

第一 法律ニハ立法官ノ故ラニ既往ニ及ホスト云ヒシモノアリ是レ其止ムヲ得サル例外ナリトス夫レ第二條ノ原則ハ民法上ノ原則ナルカ故ニ裁判官ハ之レニ服従セサルヘカラザルモ以テ立法官ヲ束縛スルヲ得サルナリ即チ立法官ハ事宜ニヨリ既往ニ及ホスヲ得千七百九十一年及ヒ千七百九十三年ノ憲法ニ於テハ此ノ原則ヲ以テ憲法上ノ原則トナシタリシカ共和八年憲法后ハ之ヲ以テ民法上ノ原則トセリ此ノ改正ハ能ク法理ニ適スルモノト思惟セラル又タ原則ハ各人ノ私權ヲ確ムル為メノモノニシテ若シ法律ノ適用ヲ頒布以前ニ及ホスニ於テハ人民ノ權利ヲ害スルト云フニアルモ而モ法律ヲ設タルハ決シテ徒爾ニアラス必ス善良ナル法律ヲ設クルノ主意ナリトス既ニ然ラハ可成速ニ之カ適用スルヲ以テ社會ノ利益トナスカ故ニ立法官ハ時ニ此ノ原則ニ従ハサルヲアルナリ今左ニ佛國ニ於ケル其實例ヲ挙示セン

第一ハ千八百十六年ノ法律ナリ是レ離婚ヲ廢シタル法律ニシテ而シテ其發布以前ニナシタル婚姻ニ付テハ如何ノ問題起レリ即チ已ニ離婚ノ希望ヲ抱キシモノニ之ヲ適用スルヤ是レ固ヨリ純然タル希望ニ過キサレハ其力ヲ及ホスヘキヤ勿論ナリト雖ヒ若シ已ニ姦通等離婚ノ原因存セシハ如何是亦タ純然タル希望ニ過キサルナリ故ニ其新法ノ力ハ之ヲ既往ニ及ホスヘキナリ然ルニ若シ離婚ノ判決アリシハ如何判決ハ既得權ナルニ拘ラス此ノ法律ハ假令頒布前判決アルモ尚ホ身分取扱役ノ面前ニ出テ之ヲ登記セサル以上ハ無効ナリトセリ是即チ既得權ヲ害スルモノニシテ法律ハ殊更ニ既往ニ及ホセシ一例ナリ

第二ハ共和二年雪月ノ法律ニシテ此ノ法律ハ相續法ヲ變更セリ即チ往時ハ佛國モ日本ノ如ク長子相續ニシテ又タ他ニ男子ノ權ナルモノアリシカ革命ハ全ク此ノ區別ヲ廢シタリ而シテ此ノ法律ハ頒布前五年マテニ及ホセリ其所以ハ五年前ハ革命ノ新紀元ナル千七百八十九年七月十四日ニ當ルヲ以テ之レマテ適用セシモノナリ

第三ハ解釈法ナリ 解釈ヲ主意トセル法律ハ素ト新法ヲ設クルニアラスシテ唯タ既成ノ法律ノ意義ヲ定ムルモノタルニ過キサレハ固ヨリ議論ノ起ルヘキモノニアラス即チ法律ノ意ノ曖昧ナルカ為メニ解釈ヲ興フルモノナレハ其解釈法ヲ適用スト云フハ即チ先ノ法律ヲ適用スルモノナリ故ニ解釈法ヲ既往ニ及ホスヤ否ノ問題ハ元ト生スヘキモノニアラサルナリ草案ニハ此事ヲ明記シタリシカモ其事ノ甚タ明瞭ナルカ故ニ之ヲ删除セリ

解釈法ハ如斯モノナルカ故ニ其人民ノ權利ニ不安心ヲ興フルヤ大ナリ何トナレハ法律缺點アリシハ解釈ノ一定スルニ於テハ最早ヤ議論スルヲ得シテ而シテ契約ノ當時ニハ甲説アリ判決例モ亦甲説ナリシカ為メ契約セシモノ、乙説ニ決セラレシハ大ニ迷惑ニシテ人民ノ不安心實ニ是ヨリ大ナルハナシ今其実例ヲ示サン共和二年風月ノ法律ハ公証人規則ヲ定メ公正証書ハ公証人二名ノ立會ヲ以テ作ルヲ要ストセリ然ルニ實際ニ於テハ從來ノ慣習ノ如ク総テ公証人一名ノ面前ニテ作りタリシ而シテ此事ニ付キ訴訟アリシニ當リ千八百四十一年突然大審院ハ右風月ノ法律ヲ適用セリ即チ公証人一名ノ前ニ於テ作りタル証書ハ無効ナリト判決セリ此判決ハ四十年間公証人ノ作り來りタル証書ノ挙テ無効トナラントスルモノナルカ故ニ記録上ニ付テ之ヲ見ルニ當時民心ハ異状ノ變動ヲ生シタリ即チ政治上ノ變動ヨリモ尚ホ甚タシク激動シタルカ故ニ千八百四十三年解釈法ヲ出シ従前ノ慣習ニ依リテ作りタル証書ハ有効ナリト定メタリ而シテ之ヲ佛國最後ノ解釈法ナリトス此例に依リテ之ヲ見ルモ法律ノ既往ニ及ホシヘカラサル原則ヲ以テ憲法上ノ原則ト為サルヲノ大利益アルヤ知ルヘキナリ即チ若シ然ラハ之ヲ如何トモスル能ハスシテ禍害ヲ免ル、能ハサリシナラン

解釈法ハ法律ノ意味ヲ定ムルモノナリト雖モ以テ確定裁判ノ効力ヲ動カスヲ得サルナリ即チ裁判中解釈法ノ發布アリシハ無論之レニ従ハサルヘカラサルモ既ニ判決セシ以上ハ之ヲ適用スルニ及ハサルナリ此故ニ右ニ述ヘタル千八百四十一年大審院判例ノ如キ解釈法ノ出ル前ニ於テナセシモノナルカ故ニ其事

件ノ証書ハ無効トナリシモ其以後ニ於テ起ルハ同一ノ証書モ有効トスルノ奇異ナル狀況ヲ呈スヘシ而シテ右ノ解釈法ノ如キハ單ニ解釈ニ止マラスシテ殆ント新條例ヲ出シタルモノニ異ナラス然ラハ全ク解釈スト云フ法律ヲ廢シタルモノナリト云フヘシ千八百三十五年ニ於テ訴訟呼出狀ハ八日內ニ送達スヘキモノナルヤ三年內ニ送達スヘキモノナルヤノ議論アリ此時ニ當リ八日ハ短キニ過キ三年ハ長キニ過クルトシ解釈法ヲ出シテ三ヶ月ト定メタリ如斯ハ其名ハ解釈ナルモ其實全ク新法ヲ發セシモノナレハ之ヲ既往ニ及ホスヘキヤ否此点ニ付キ直ニ之ヲ見レハ名ノミ解釈法ニシテ實ハ新法ナルモノナレハ勿論既往ニ及ホスヲ得スト云フヘキモノ、如シ然レモ先ツ立法官ノ何タルヲ觀察センニ立法官ハ元ト新法ヲ設ケテ其効力ヲ既往ニ及ホスヲ得ルモノナレハ仮令其名ハ解釈ナルニモセヨ其主意ノ既往ニ及ホスヘキモノナルハ之ヲ及ホサルヲ得サルナリ

解釈法ニハ斯ル弊害アルカ故ニ前ニモ述ヘシ如ク千八百四十三年ノ解釈法ヲ以テ最後ノモノトシ爾後今日ニ至ルモ實際解釈法ヲ出スヲ廢止セリ

第四回

前回ハ第二條ノ説明ニ付キ二個ノ例外アルヲ述ヘタリ本日ハ其第三ヨリ講セン

第三ハ諸君ノ知ラル、刑法ナリ此ノ点ニ付テハ原則ノ効力ノ及フヲ最モ確然ニシテ又其必要ナルヲ明白ナリ故ニ我刑法第四條ニ於テハ專ラ此ノ原則ヲ掲載セリ諺ニ曰ク法律ハ罰スル前ニ豫メ知ラシムヘシト右刑法第四條及ヒ此第二條ノ原則ハ全ク此ノ諺ニ同シトス

然レモ是又タ三ケノ場合ヲ區別セサルヘカラス

第一、一ノ所為アリ當時ノ法律ニ於テハ之ヲ罪視セサリシモ後日ニ至リ之ヲ罰スルノ法律頒布アリシハ、此ノ場合ニ於テハ勿論此ノ原則ヲ適用シ新法ヲ以テ既往ニ及ホスヲ得ス

第二、一ノ所為當時ノ法律ニ於テモ之ヲ罰シタレモ爾後裁判ヲ受クルノ間一層嚴ナル法律出テシハ、此ノ場合モ亦第一ニ同シク所為ノ當時ノ法律ヲ適用ス第三、一ノ所為當時ノ法律ニ於テモ之ヲ罰シ新法又

之ヲ罰スルモ新法ハ旧法ヨリ輕キ場合、此ノ場合ニ於テハ旧法ヲ適用セハ重刑ヲ科スルニ至ルモ然レトモ既往ニ及ハサル原則ニヨレハ旧法ヲ適用スルヲ以テ正当ナリトスルカ如シ然ルニ此ノ場合ハ新法輕キカ為メ之ヲ適用シ旧法ニヨラサルナリ其理由ニアリ第一、此ノ原則ハ依テ以テ人民ノ利益ヲ保護センカ為メノモノナリ然ルニ今人民ナル犯罪者ノ不利益タル旧法ヲ適用スルニ於テハ是レ此ノ原則ヲ設ケタル主旨ニ反スルモノナリ。第二 新法ノ旧法ヨリモ輕キ刑ヲ設ケタルモノハ立法官ノ見ル處旧法ハ無益ナリ苛酷ナリトナセシモノナレハ強テ其無益ニシテ苛酷ナル旧法ヲ適用スルニ及ハサルナリ右ノ理由トシテ既ニ人民ノ利益權利ヲ害セサル以上ハ新法ヲ適用スルヲ以テ条理ニ適合セリトスト諺ニ在リ佛国ニ於テハ刑法ノ變革三回ニシテ千八百十年ノ頒布ニ倚ルモノ即チ現今ノ法典ナリ前二回ノ法律ニハ利益トナルヘキ法律ヲ適用スルヘシトノ規則ヲ掲ケ千八百十年ニ於テハ其刑法ヲ頒布セシ宣令ニ若シ新法ノ旧法ヨリ輕キハ之ヲ既往ニ及ホストノヲ明言セリ又タ第四ノ場合ヲ想像スルヲ得即チ一ノ所為アリテ其判決トノ間法律ノ變更三回ニシテ中間ノ法律最モ輕キ場合此時ニ於テ所謂旧法ハ所為當時ノ法律ナリ新法ハ裁判當時ノ法律ナリ然ラハ他ハ更ニ關係ナキモノ、如キモ然ラス中間ノ法律ヲ適用スヘキナリ是レ犯罪者ノ利益ノ為メ及ヒ新法ハ既往ニ及ハストノ原則アルノ故ナリ抑モ此ノ場合ニ於テハ犯罪者ノ地位如何若シ中間ノ法律施行ノ時代ニ罰セラル、ナラハ則チ輕キ當時ノ法ニ從フヘキモノナレハ更ラニ新法ノ出ルヲアルモ亦同一ニシテ其之ヨリ重キハ輕キ旧法即チ中間法ニ依ルヘキナリ

右ニ述ヘタル處ノ如キハ困難ナキモ茲ニ一ノ困難ナル場合アリ即チ旧法ヨリモ其刑ヲ輕クシタルカ又ハ全廢シタル新法ノ裁判宣告後ニ頒布アリシハ如何已ニ有罪ノ宣告アリシモノニマテ之ヲ及ホスヘキヤ新法ハ旧法ヲ過酷ナリトシ之ヲ改正シタルモノナレハ依然旧法ヲ行フ即チ例ヘハ新法ニ於テ死刑ヲ廢シタルモ尚ホ死刑ヲ行フカ如キハ殘酷ナルニ似タリ故ニ既往ニ及ホシ新法ヲ適用スルヲ以テ尋常ノ道理ニ適

スルカ如シ然レトモ確定裁判ノ効力ハ決シテ之ヲ奪フ能ハス故ニ斯ル場合ニ於テハ赦ヲ施スヘシ特赦ノ必要ハ即チ此時ニ在ルヘキナリ依テ新法ノ効力ハ既往ニ及ホスヲ得サルモノト信ス」

第四ハ管轄ノ法ナリ是レ裁判所ノ管轄ヲ定ムルノ法ニシテ種々ナル裁判所ノ構成及ヒ權限ヲ定ムルノ法ハ既往ニ及ホスヘキヤ即チ新旧裁判所何レニテ裁判スヘキヤ例ヘハ佛国ニモ於テモ軍律ノ發布アリシヲアリ此ノ新法ハ從來重罪裁判所ニ於テ管轄セシ或ハ事件ヲ管轄スヘシト定メタリ此時ニ於テ既ニ起レル軍律ニ依ルヘキ事件ハ依然重罪裁判所ニ於テ管轄スルヤ將タ軍律ニ依ルヘキヤ又タ新聞紙上ニ関スル犯罪ニ付テハ實際此点ヲ定ムルニ付キ大ニ利益アリ佛国ニ於テハ此ノ種ノ犯罪ニ関スル法律ハ屢ハ變更シ時代ニ依リ或ハ重罪裁判所ニ於テ管轄シ或ハ之ヲ輕罪裁判所ニ付シタリ而シテ此ノ重罪又ハ輕罪裁判所ニ付セラル、ニ付テハ犯者ニ取り大ニ利益ト不利益トノ關係アリ即チ重罪ヨリハ輕罪ニ付セラル、ヲ以テ利益ナリトスルカ如キモ實ハ然ラス重罪ニハ必ス陪審官ナルモノアリテ茲ニ提出スルニ於テハ尋常必ス之ヲ無罪トスルモ輕罪ニハ此ノ設ケナク常ニ必罰セラル、ナリ故ニ管轄ノ法ノ既往ニ及フヤ否ヲ決スルヲ甚タ必要ナレトモ此点ニ付法律ノ正條ナキヲ以テ亦タ甚タ困難ナリ

抑モ裁判所ノ構成權限ヲ定ムル等ノヲハ其主權者ノ權内ニ存スルモノナルヤ疑ヲ容レス人民ハ唯タ裁判ヲ受クルノ權アルノミ決シテ何裁判所ニ於テ裁判ヲ受ケント之ヲ撰ムノ權ナシ故ニ佛国ニ於テハ管轄ノ法律ハ之ヲ既往ニ及ホセリ只一ノ確乎タルモノアリ千八百四十九年一月廿二日ノ法律ハ一時高等法院ヲ設クルヲ定メタリ是ヨリ先キ五月十五日革命騒亂ノ事件アリ此ノ事件ハ右高等法院ニ於テ管轄スヘキヤ否ノ問題起レルニ當リ之ヲ国会ニ付シタルニ國會ハ高等法院ノ管轄ナリト決シタリ是レ固ヨリ一ノ適用ニ過キサルモ國會ノ議定セル所ナルニヨレハ之ヲ立法上ノ解釈ト同一視スルモ不可ナキナリ故ニ斷然管轄ノ法ハ既往ニ及ホスヘキモノト信スルナリ

第五ハ訴訟手續及ヒ裁判執行ニ関スル法律ナリ凡ソ

人民ハ裁判所ヲ撰ムノ權ナシ況ンヤ訴訟手續等ニ於テヲヤ新法ノ發布アリテ旧法アリテ旧法ヲ變更スルモ決シテ之ヲ拒ムノ權アルヲナシ是レ蓋シ司法上ノ改革ナレハナリ抑モ訴訟手續ノ如キ曲直ノ判断ヲシテ錯誤ナカラシメントスルハ趣肯ニ過キサレハ幾回之ヲ改正スルモ何等ノ不可ナク執行ノ方法モ亦同シトス即チ此等ハ如何ニ之ヲ規定スルモ如何ニ之ヲ改正スルモ訴訟人ノ知ル所ニアラサルナリ佛国ニ於テハ民事ノ身体拘留ノ執行方法アリシカ千八百六十七年之ヲ廢シ而シテ其以前ニ於ケルモノマテニ及ホセリ又千八百五十四年ニ懲役ヲ設ケタリ往時ハ（パトニ）ト稱シ犯罪者ハ軍艦上又ハ造船所ニ於テノミ使役セシカ之レヨリ以後植民地ニ於テ使役スルヲトナシ其規則ヲ從來ハ犯者ニマテ適用セリ即チ訴訟手續及ヒ裁判執行ニ関スル法律ハ之ヲ既往ニ及ホスヲ疑ヒナシトス

以上ニテ第二條ノ原則ニ付キ之ヲ適用スルヤ否ノ甚タ明瞭ナル場合アリト述ヘタルモノヲ講シ了レリ然ラハ此ノ五箇ノ例外ヲ除ク他ノ一切ノ場合ニ於テハ如何即チ若シ一ノ事實ノ完成ト結果ノ生スルトノ間ニ於テ法律ノ改正アリシハ如何ノ問題ヲ決セサルヘカラス此問題ハ最モ困難ナルモノニシテ之ヲ決定スルニ付キ確乎タル定則アリヤ曰ク之レナシ蓋シ第二條ノ適用ハ普ク法律ノ全体ニ及フモノナルカ故ニ之ニ一定不動ノ標準ヲ立テンヲ為シ得ヘカラスルヤ一目瞭然タリ故ニ今之ヲ知ランニ一先其場合ヲ區別セサルヘカラス即チ適用シテ利益アリヤ否ヲ比較シ公益私益ノ点ヲ對照シ漸クニシテ判然スルヲ得ヘキナリ凡ソ人民ノ利益ニヨレハ旧法ヲ適用スルヲ以テ利益ナリト為スヘク社會公益ノ点ニ於テハ新法ヲ以テ利益ナリト為スナルヘシ故ニ能ク其公益私益ヲ比較シ新旧法何レヲ適用スヘキヤニ付テハ古來一ノ區別アリ即チ事實ト結果トノ間ニ直接ノ關係アリヤ將タ間接ノ關係アリヤニ付テ之ヲ區別シ直接ナルニ於テハ既往ニ及ホサス間接ナルハ之ヲ既往ニ適用スルヲ左ノ如シ

第一則 新法ハ旧法ニヨリ得タル權利ヲ害スルヲ得ス之ヲ既得權ト云フ

第二則 單純ノ希望ハ新法ヲ以テ之ヲ變改スルヲ得

既得權ハ直接ノ關係アルモノニシテ結果ノ必至ノ場合ヲ云ヒ其効果ノ未必ニ停ルモノヲ希望ト云フ

右ハ言語上之レカ區別ヲ為シ得ルモ實際其物ヲ見ルニ至テハ則チ然ラス之ヲ區別スルノ手段ナキナリ此故ニ學者間種々ノ議論起リ更ニ一定スル所ナシ而シテ此ノ區別ヲ判然ナラシメンニハ總テ法律上ノ所為ノ一切ノ場合ニ臨ンテ之レヲ説明セサルヘカラス即チ民法全編ヲ跋渉スルニアラサレハ唯タ其頭初ノ講義ニ於テ容易ニ之ヲ為スヲ得サルナリ

第五 法律ハ事項ニ関シテ如何ナル適用ヲナスヤ

第六 法律ハ人ニ関シテ如何ナル適用ヲナスヤ

右ノ二事ハ同時ニ之ヲ説明シテ可ナリトス而シテ此事ハ民法第三條ニ記スル所ニシテ其適用頗ル廣ク大ニ緊要ノモノナリ之ヲ國際私法ト云フ今其大要ヲ述ヘンニ國際私法トハ自国ノ法ト外国法ト抵触スル場合ニ於テハ何レノ法律ヲ適用スヘキヤヲ決スルモノニシテ其詳細ハ民法講義ノ一朝能ク説明シ得ヘキニアラス民法ニ於テハ第三條ヲ以テ之ヲ知ルヘキナリ若シ諸国間交際ナキヲ恰モ日本ノ昨日ノ如キナリセハ此点甚タ明瞭ナリト雖ヒ其交際アルカ故ニ國際私法ノ問題起ルナリ即チ佛人ノ外国ニ行キ外人ノ佛国ニ來ルモノアリ二国何レノ法律ニ從フヘキヤ而シテ之ヲ一國ノ点ヨリ觀察スレハ即チ佛国法律ノ適用ノ及フ所如何ト一ノ問題ニ歸ス抑モ諸国ノ法律ノ抵触スルハ實際頗ル多イ今一々其場合ヲ挙ケテ之ヲ説明スルヲ得ス今時歐洲諸国ニ於テハ稍ヤ一般即チ一致ニ向フノ傾キアルモ然レト尚其差異ノ存スル所著シキモノアリ蓋シ各国ノ事情ハ其進歩ノ度及ヒ風俗習慣ノ異ナルヨリ其法律ヲシテ悉ク一致セシメンハ到底望ムヘキニアラサルヘシ而シテ其差異アルハ如何ニ之ヲ判決スヘキヤ即チ例ヘハ佛人ノ外国ニ於テ外人ト結ビシ契約ハ何レノ法律ニ從フヘキヤ又日本ニ於テ佛人ト佛人トノ為セシ契約ハ如何佛国ノ後佛国ニ於テ訴訟ノ起リシハ如何等是等ノ問題ハ重ニ婚姻、遺囑、相続等ノ場合ニ起ルナリ而シテ又タ此ノ民法典ノ發布前ニ於テハ各地方法律ヲ異ニセ

シカ故ニ佛蘭西一国内ニ於テ法律ノ相抵触スルヲアリシ例ヘハ巴里ト馬耳塞ト其法律ヲ異ニセシカ如シ故ニ此問題ハ昔時ヨリ起生スル所ニシテ現時ハ各国概テ一国内ノ法律ハ一定セリト雖モ尚ホ独逸ノ如キハ昨日ニ至ルマテ聯邦内各法律ヲ異ニシ米國ニ於テハ今日尚ホ然リト云フ斯クノ如ク一国内ニ於ケル抵触ト二国間ノ抵触トハ其適用上同一ノ決定ヲ為ス能ハス何トナレハ一國ニハ必ス主權者アリテ其法律ノ抵触ヲ定ムルヲ裁判所ニ於テモ充分之ヲ為スヲ得ヘシ故ニ昔時ハ國王ヨリ之ヲ定メタリ然ルニ諸國間ノ抵触ニ付テハ兩國共ニ主權者ナルヲ以テ孰レモ之ヲ規定スル能ハサルノミナラス國權上一國ハ外国ノ法律ヲ自國ニ適用スルヲ得サルナリ此故ニ此問題ヲ決スルニ付テモ又一層ノ困難アリ然レモ要スルニ兩國主權ノ限界如何ヲ定ムルニアラサレハ得テ之ヲ鮮スヘカラサルナリ

佛國ニ於テ法典ヲ編纂セシ當時ニ在テハ國際上ハ問題少ナカリシカ故ニ法律中其抵触ノ場合ニ於テ如何ニ之ヲ決スヘキヤヲ規定セルモノアラサリシ即チ佛國法典初メテ之ヲ定メタリ爾後千八百六十六年發布ノ伊太利民法ニ於テ此ノ点稍ヤ綿密ナリ此レ當時ノ伊國ノ議院中國際法上大ニ研究シタリキマンシニエト云ヒシ人アルカ故ニ即チ多數ノ問題ヲ掲ケタルモノナリ

斯ク種々ノ点ニ付キ各國法律ノ抵触スル場合ニ於テ之ヲ決定センニハ何レノ法律ヲ適用スヘキヤ往時ニ在テハ左ノ如ク之ヲ決シタリ即チ土地ニ關スル法律ニ付テハ其所有者ノ誰タルヲ問ハス財産所在地ノ法律ヲ適用シ、人ニ關スル法律ナルハ其本国ノ法律ヲ適用スヘシト然ルニ法律ニハ人ニ關セス又土地ニモ關セサルモノアリ此ノ場合ニ於テハ學者種々ノ說ヲ付シ常ニ之ヲ右ノ二者中ニ屬セシメタリ而シテ其方法漸ク行ハレ遂ニナボレオン（ゴート）ニ用ヒラル、ニ至レリ然レモ純粹ノ法理上ヨリ之ヲ論スレハ是レ蓋シ不当ナリ何トナレハ法律中人ト土地ト何レニモ屬セサルモノ少ナカラシテ此說ニ從フハ之ヲ人又ハ土地ニ關スト云フニアラサレハ採用スルヲ得ス例ヘハ契約ニ關スル法律ノ如キ強テ二者中孰レニ

カ之ヲ屬セシメサルヲ得サレハナリ

近時國際私法ヲ研究スル學者ノ說ニ依レハ日ク一々法律ノ性質ヲ探求シ自然ニ其適用スヘキ法律ヲ発見スヘシト而シテ此規則ニ一ノ例外アリ即チ一國ノ公ケノ秩序ニ反スル場合ニ於テハ外国法ヲ適用セスト此說ハ之ヲ一見スレハ甚タ明瞭ナルカ如キモ而モ之ヲ實際ニ施スニ方リテハ亦タ困難ナキ能ハス假令ハ一般ニ人ノ身分能力ニ關スルハ其本国ノ法律ニ從フヘキモノナリ然ルニ今日本人ハ離婚ヲ為スノ權アリ然ラハ佛國ニ於テ其裁判所ニ離婚ヲ訴フルヲ得ルヤ離婚ハ佛國ニ於テハ其秩序ニ反スルモノナリ（今日ニ在リテハ佛國ニテモ離婚ヲ許セリ今ハ只举例ナリ）此如ク公ケノ秩序ナルモノハ國ヲ異ニスルト共ニ亦同シカラサルヲ以テ一様ニ之ヲ設定スルヲ得サルナリ

以上ハ總論ノ如キモノニシテ法律ノ抵触アリシハ如何ニ之ヲ決スヘキヤハ國際私法上大ニ論究スヘキモノナリト雖モ民法ニ於テハ已ニ其明條アルカ故ニ今敢テ之ヲ説明セス自是佛法ニ就テ論スル所アラン佛法ニ就テ之ヲ知ランニハ法律ヲ二箇ニ區別スルヲ要ス即チ土地ニ從フモノ人ニ從フモノ是レナリ土地ニ從フ法律ハ佛國ニ居住スルモノハ其内國人ナルト外國人ナルトヲ問ハス凡テ之ヲ支配スル性質ノモノニシテ外人ニ適用スルニ付テハ相互ノ主義ニ從ヒ反對ノ適用ヲ為スヲアリ蓋シ主權ナルモノハ其自国内ニ於テハ充分行ハルヘキモノナリトス人ニ從フ法律ハ如何是レ佛人ニ適用スヘキモノナレハ其内地ニ在ルト外國ニ行クトニ拘ラス總テ服從セサルヘカラサルモノナリ是レ其土地ニ主權アル故ニ因ルニアタラス人種ノ異ナルカ為メ又タ氣候習慣等ノ差異アルニ依リ本国法律ニ從フモノトス而シテ又タ相互ノ主義ニ依リ外国法ヲ適用スルヲアリ

土地ニ從フ法ニ三種アリ左ノ如シ

- 第一 警察及安寧ニ關スル法律
 - 第二 不動産ニ關スル法律
 - 第三 法律上ノ所為ノ方式ヲ定ムル法律
- 人ニ從フ法ニ二種アリ左ノ如シ
- 第一 人ノ身分能力ニ關スル法律

第二 契約義務ニ関スル法律

ナリトス

第一警察安寧ニ関スル法律 此ノ法律ハ社會ノ秩序ニ関シ人身ノ衛生人身ノ安寧所有權ノ安全ニ干スル法律ヲ云フ今之ヲ區別スレハ以下ノ如シ 第一刑法、刑法ハ人ノ身体、權利ヲ保護シ併シテ社會ノ安寧ヲ保護スルモノナリ 第二行政警察ニ関スル法律即チ市場營業上ノ取締リニ関スル法律ナリ 第三權利執行ニ関スル裁判上ノ法律 第四公ケノ秩序ニ関スル法律即チ父タリ夫タリノ權ノ如シ

故ニ法律ハ外国人ノ佛国ニ在留スルモノニ適用スルヲ得ルモノナリ而レト例外トシテ外国ノ君主外国公使ノ如キ治外法權ヲ有スルモノニハ之ヲ適用スルヲ得ス

第式不動産ニ干スル法律、 元來社會ハ土地ト人ヨリ組成セラル、モノニシテ土地ハ即チ社會ヲ組成スルノ基本タレハ之レニ外国法を適用スルヲ得ス故ニ佛国法ヲ以テ之ヲ管轄セサルヘカラス即チ相続ニ関スル法律、所有權ニ干スル規則、即チ所有權賣買移轉ニ関スル法律、是レナリ故ニ外国人ハ自國法律ニ依リ許スル土地ノ義務ト雖佛国法之ヲ許容セサルハハ總テ之レヲ設定スルヲ得サルナリ又タ相続法ノ如キ外国法ニテ、不動産ハ長子ニ與フルモ若シ佛国ニテ開發セシハ平等分派ノ法ニ從ハサルヘカラス故ニ古代ハ外国人ノ佛国ニテ所有スルヲ禁シ又相続スルヲ禁シタリキ而レト今日ハ相続スルヲ為シ得ルト雖佛國ノ法律ニ從ハサルヘカラス然ラスハ佛ノ主權ヲ侵害スルモノト云フヘキナリ

動産ニ関シテハ如何、 或ル論者ハ曰動産ハ其性質上運轉極マリナクシテ各一定ノ地位ヲ占ムルヲナシ諺ニモ動産ハ人ノ骨肉ヲ離ルヘカラサルモノナリト云ヘリ故ニ其所有主本邦ノ法律ヲ適用スヘキナリト而レト余ハ動産タリトモ仮令宜シク之ヲ區別シテ論スヘキモノナリト若シ動産ニシテ確定物ナルハ、佛法ヲ適用シ得代物又ハ集合物ト見サル、ハハ外国法即チ本國法ヲ適用ス即チ相続ノ一部分ヲ為ス場合ノ如シ

第參 所有權方式ニ関スル法律 此法律ノハ民法中ニハ往々明示スル如ク佛人ノ現ニ居住スル地ノ

法律ニ規定アル方法ニテ取結ヒタル契約ハ有効ナリトス故ニ佛人外国ニ在リテ外國法ニ定メタル法式ニ從ヒ為シタル契約ハ有効ナリ之レニ反シ外国人佛国ニアリテ佛法ニ定メタル方式ニ從ヒ契約ヲナシタルハ 効ナリトス又タ婚姻契約ノ如キハ有式約契ニテ身分取扱ノ官吏ノ面前ニ於テ契約ヲ為スヘキモノナレト我邦ノ如キハ是等ノ法式ヲ要セサルナリ故ニ佛人吾國ニテ婚姻シタランニハ日本ノ婚姻法ニ從フヲ得ルモノナリ而レト之レニハ二個ノ例外アリ本來此規則タル契約ヲ結フニ容易ナラシメン為メニ便宜上ニ出テタルモノナレハ若シ詐欺アルニ於テハ例外ヲ設ケテ之ヲ無効トセサルヘカラス例ヘハ佛國ニテハ離婚ヲ禁スルヲ以テ離婚ヲ為サン為メニ我國ニ來リテ離婚スルカ如キハ之ヲ無効トセサルヘカラス又佛人其婚姻契約ニ要スル法律ノ繁雜ヲ免ル為メニノ面前ニ出ルヲ以テ婚姻ヲ為スヲ得ルスコットノ____ニ至リ婚姻契約ヲ為スカ如キハ佛法ノ適用ヲ免レトスル詐欺ニ出ルモノナルヲ以テ其契約ヲ無効トス以上土地ニ関スル法律ヲ述ヘタリ以下人ニ干スル法律ヲ述ヘン

第一身分能力ニ干スル法律 身分トハ人ノ社會上又ハ室家ニテ有スル權利ナリ故ニ一人ノ權利上ヨリ論シテ一人ノ有スル佛國人タル權利アリ親タル權アリ子タルノ權アリ且權利相集テ身分ヲ構成スル能力トハ身分ニ付加スル權利アリテ之レヲ自ラ行フヲ得ルモノト云フ故ニ其自ラノ權利ヲ行ヒ得ルモノヲ稱シテ能力者ト云フ自ラ行ヒ得サルモノヲ無能力者ト云フ此種ノ法律ハ人ニ関スルモノナレハ佛人外国ニ居留スルモノ之ヲ適用スルヲ得ルナリ而ルニ之ヲ適用スル結果ニ付キ艱難ヲ生スルヲアリ仮令ハ英人ハ二十五歳ヲ以テ丁年トシ佛人ハ二十一歳ヲ以テ丁年トス故ニ仏國ニ在留スル外国人ニシテ英國人タルハ佛人ノ常慣ヨリシテ二十歳以上ノモノヲ見レハ既ニ丁年者ト思惟シ契約ヲ結ビシ后英國人カ身分未丁年ナルノ理由ヲ以テ其契約ヲ取消サルルヲアリ又佛人英國ニ行キテ契約スルニ英人ハ又習慣ヨリシテ佛人ノ二十歳以上二十五歳ノモノヲ指シテ未丁年者ナリト思惟シ契約セサルヲアリ之レニ依テ商機ヲ失ヒ得ラ

ルヘキ利益ヲ得サルヲアリ」能力ハ公ノ秩序ニ関スルモノナリ公ケノ秩序ハ国ニ依リ異ニスレハ從テ其規則ヲ異ニスレカ故ニ大ニ困難ノ生スル場合アリ例ヘハ外国ニテハ重婚ヲ許スノ国アリ今其国人ニシテ一度其国ニテ結婚シタルモ佛国ニ来リ再ヒ婚姻セントスルハ佛国ハ之ヲ許スヤ否ヤ其本邦ニ於テ重婚ヲ許スヲ以テ之ヲ許シテ可ナルカ如シ而レハ佛国人ノ思想上ヨリスルハ重婚ヲ禁スルノ法律公ケノ秩序ニ関スル法律ナリ故ニ之レニ外国法ヲ適用スルヲ得ストノ説ハ一般行ハル、説ナレハ全ク之ヲ區別シテ許容スヘキモノトス假令ハ外国人佛国ノ女ヲ娶ラハ佛国公ケノ秩序ニ関スルモノナレハ若シ外人ニシテ外国ノ女ヲ娶ラハ佛国ニ於テハ毫モ其秩序ヲ攪乱セラル、ヲナシ故ニ此場合ハ宜シク許容スヘキモノナリ

第二契約ノ義務ニ関スル法律 契約ノ方法或ハ其土地ノ法律ニ從フヘキモノナルヲハ既ニ述ヘタルカ如シ而レハ其契約義務ノ効果ハ即チ何レノ法律ニ從フヘキヤ佛法ニ於テハ契約ハ其書面ニ記載シタルモノノミナラス其他条理公義慣習之ヲ定ムルノ規則アリ而シテ法律上其効果ヲ定ムルハ外国法ニ從フヘキヤ將タ佛国法律ニ從フヘキヤニ付テ明文ナキモ此等ノ規則タル皆契約者双方ノ意思ヲ推測シテ規定シタルモノナレハ契約者双方ニ於テ外国法ニ規定スル効果ヲ生セシメント約スルハ外国法ニ從フテ其効果ヲ生セシムルヲ得ヘク若シ又其意思佛法ヲ遵守スルニ在ル時ハ佛国法律ヲ適用スルヘキナリ

以上、第三條ニ付テ簡單ナル説明ヲナシタルモノナリ蓋シ国際法ニ干係スルモノナレハ一二回ノ講義ヲ以テ尽シ難シ且ツ第二、三条ハ法律全部ニ干係ヲ有スルモノナルヲ以テ詳カニ干爰陳弁シ難キ所アリ以下法律ノ制裁ニ付キ講述スル所アラン

第三節 法律ノ制裁

法律ニ制裁アルハ尚ホ法律ノ血脈ノ如シ性質上欠クヘカラサル要件ニシテ法律アレハ必ラス付從スヘキモノトス若シ法律ニシテ制裁ナクハ真正ノ法律ト云フ可ラス其何ヲ目的トシテ禁止スルヤ命令スルヤ其意思ヲ知得スルヲ得サレハナリ抑モ法律アレハ

必ス之ヲ守ラシメ其之レヲ守ラサルニ於テハ之ヲ罰スル制裁即チ強迫アリテ當時法律ヲ制定シタル所以ノ目的ヲ達スルヲ得ヘシ苟モ法律ニシテ制裁ナキハ一ノ告諭ニ過キザルナリ乍併法律ハ命令禁止ノ二種ニ外ナラスト雖ハ此外又タ一種ノ法律ナキニアラス即チ彼ノ契約法ノ意思ヲ推測シテ設定シタル法律是レナリ此種ノ法律ハ元來結訳者ノ便利ヲ斗リテ定メタルモノナレハ之ヲ守ルト否トハ結約者ノ意思如何ニアリテ法律ハ其間ニ制裁ヲ設ケサルナリ制裁上何ソヤ法律ヲ守ラサルヲ理由トシテ罰スルヲ云フ故ニ其制裁ハ法律ノ種類ニ從ヒ異ニセサルヲ得ス他ノ法律ハ暫ク之ヲ舍キ民法上ノ制裁ニ付テ陳述センニ彼ノ損害賠償、失権、罰金、解除、ノ如キハ民法上ノ制裁ナリ而シテ或ル場合ニ於テハ一時ニ併科スルヲアリ又之ヲ分科スルヲアリ而シテ失権賠償罰金等ノヲハ余カ今干爰説明ヲ俟タスシテ明カナレハ直ニ解除即チ無効ノ事ニ付テ数言ヲ費スヘシ無効トハ法律ニ從セハ完全ナ効果ヲ生スヘキモ從ハサルヲ以テ通常効果ヲ生セサルヲ云フ而シテ無効ニ二種アリ曰ク不完全ノ成立曰ク低料ノ不成立是レナリ

第一低料ノ不成立 之レ法律ノ性質上又ハ目的上必要ノ条件ヲ欠クニ依リ成立セサルモノヲ云フ假令ハ男女婚姻スヘキハ性質上目的上ニ於テ必須ノモノナリ而ルニ婚姻シタル双方ノモノ男子又ハ女子ナリシハ其婚姻ノ性質上目的上ニ於テ必要ナル元素ヲ欠キタルモノナレハ其婚姻契約ハ不成立ノモノナリ之レ自然ノ性質上ヨリ起ルモノナリトス而シテ又人定法ニ從ハサルヨリ不成立ノ所為ヲ現ハスヲアリ假ハ婚姻契約ノ如キハ豫メ之ヲ廣告セサルヘカラス然ルニ其廣告ヲ為サ、ルハ婚姻契約ニ必要ナル条件ヲ欠クヲ以テ其契約ハ不成立即チ無効ノモノナリトス而シテ此種ノ無効ノ結果ハ彼ノ取消ス得ヘキ無効ノ結果トハ差異アリ抑モ不成立ノ契約ハ裁判ヲ俟タス当然無効即チ不成立ノモノトシテ時効ニ依リ權利義務ヲ生スルモノニアラス之ヲ有効ニセント欲セハ必ス其契約ヲ改正セサルヘカラス故ニ若シ双方ニ於テ爭議シ裁判所ニ訴求シタルハ裁判官ハ必スヤ不成立ノ言渡ヲ為サ、ルヘカラス

第二不完全ノ成立 即チ取消ス得ヘキ無効、訴訟法ニ於テ此種ノ無効ニ係ル規則ヲ掲ケテ曰ク法律ノ明示スル所ニアラサレハ無効トナスヲ得スト而シテ民法ニハ如何ナル場合ヲ以テ無効トナスヤハ明瞭ナラス又タ婚姻遺囑贈與ノ場合ニ於テ規定アルヲ見ルノミ故ニ若シ訴訟法ノ意義ヲ貫徹セシメント欲シテ無効トナスニハ明文アルニ限ルモノニシテ明文ナキハ無効トスルヲ得ストセンカ民法二千百四條ノ法文ハ只僅ニ告諭ニ過キサレバ徒法ノ律タランノミ豈立法者ノ意思ト法律ノ精神ニ適合スルモノナランヤ故ニ裁判官ハ苟モ契約ノ成立ニ必要ナル元素ヲ欠クハ仮令法律ニ明文ナキモ裁判官ハ無効ヲ言渡スヲ為スヲ得ヘシ蓋シ此点ニ付テハ學者ノ説及ヒ斷例ニ於テ認許スル所ナリ

無効ハ法律ニ於テハ明カニ無効トスル所ト暗ニ無効トスル所トアリ法文ヲ以テ無効トスルハ各本條ニ於テ無効トスルヲ規定セリ（此ノ場合ハ講師ヨリ詳知セラル、ナルヘシ故ニ余ハ此ヲ述ヘス）而シテ暗ニ無効ト云フハ如何ナル場合ナルカハ民法全体ニ干スル問題ナレハ宜シク講究セサルヘカラサルナリ去レハ如何ナル場合ヨリ無効ト為スヲ發見スヘキカ曰法律ノ精神ヲ探求シテ始メテ知得スヘキナリ而シテ如何ナル法律ノ場合ニ於テハ無効ヲ了知スルヲ得ヘキヤ這ハ第六條ノ區別ニ從ハサルヘカラス即チ第六條ニハ公ケノ秩序ニ干スル法律ト各人民ノ利益ニ干スル法律ノヲ規定セリ此ノ公ケノ秩序ニ関スル法律ハ公益ヲ主トシタルモノナリ公益ハ利益ニ勝サルモノナリ故ニ人民ハ其利益ヲ顧ミス之レニ從ハサルヘカラス然ルニ一人一個ノ利益ニ関ルノ理由ヲ以テ之レニ從ハサルハ無効トスヘキハ当然ナリ反之各人ノ利益ニ関スル法律ハ元來結約者ノ利益ヲ保護スルノ法律ナレハ結約者其保護ヲ受クルヲ望マサレハ約束ヲ以テ之レニ背戾スルヲ得故ニ此場合ニ於テハ決シテ之レヲ無効トスルノ理由アラサルナリ乍併私益ニ関スル法律ハ如何ナル場合ト雖モ有効ナルニアラス立法者ノ定メタル法式又ハ條例ニ背戾スルハ無効トセサルヘカラス

以上ハ正条ナキ場合ニ於テ裁判官ノ標準トスヘキモ

ノナリト雖モ其法式条件ニハ必要ノモノト不必要ノモノトノ別アルモノナレハ宜シク之レヲ區別シテ其無効ノ有無ヲ定ムルハ亦緊要ナリトス何トナレハ無効ノ生スルノ原基ハ公ケノ秩序ニ背戾スルカ亦タ法律ノ定メタル法式ニ違反スルカ条件ヲ満足セサルカ若クハ内部ニ疾病アルカ又ハ外部ニ瑾瑕アルカニ由ルモノナレハナリ由之觀是ハ等トシク無効ナル契約ニモ絶對的ノモノト相對的ノモノトノ區別ヲ生ス絶對的トハ立法者無効ヲ申立ツヘキ人ヲ定メス何人ニテモ無効ヲ申立ル利益アルモノハ無効ヲ申立ルヲ得ヘキモノヲ云フ相對的トハ特定ノ人ノミ無効ヲ申立ルヲ得ルモノヲ云フ然レハ如何ニシテ其無効ナルヲ定ムヘキ乎曰裁判宣告ヲ以テスヘキナリ若シ宣告アラサレハ有効ナル有様ヲ以テ存立ス又タ法律上当然無効ヲ生スヘキ場合アリ即チ法律自ラ無効ヲ示シ法律ノ効力ヲ以テ無効ト為ス場合はレナリ而レモ之レ又裁判所ニ於テ宣告セシムヘキハ勿論ナリ故ニ当然無効ナリト雖モ宣告ナキ限りハ効果ヲ存スルモノナリ

然レハ其無効取消スノ効力ハ将来ノミニ及ホスキヤ將タ既往ニ及ホスヘキヤト云フト云フニ勿論一旦無効トナリタル以上ハ当初ヨリ契約ナカリシモノト全一ノ景狀ニ復ヘルモノナレハ致反ノ効力ヲ有スルモノトス然レモ其効力ヲ既往ニ及ホスニ於テハ場合ニ依リ制限アルヘキナリ之レ即チ契約カ漸時タリトモ成立シテ其間ニ權利義務ヲ生スルハハ酌量シテ其効力ヲ既往ニ及ホスヲ抑制スルヲアリ例ヘハ會社契約ヲ無効トスル場合ニ於テ社會カ株式又ハ股分ヲ精算スルニハ會社ノ存立シテ解散スルト同一ニ処分セサレハ權利義務ヲ異ニスルニ至ルナリ而シテ右ノ無効トスルノ契約ハ種類ニ由リテ時効ニ依リ獲得ス免責スルヲ得ルナリ

無効ハ不成立ト異ニシテ之ヲ確乎タラシムルニハ裁判上ヨリスルアリ若シ之ヲ宣告シ能ザルハ意思ニ於テ確乎タラシムルヲ得

第四節 法律ノ廢止

法律ハ世態人情ニ由リ制定スルモノナリ故ニ世態人情ノ變遷スルニ從ヒ一定不變ナルヲ能ハス之レ一時

ノ必要ニ元因シテ起ルモノナリ世上ノ事物変遷スルニ從ヒ其法律ノ廢止ニ屬スルハ自然ノ数ナリトス然レモ其廢止ヤ各国ノ構成ニ由リ各異ナルモノナリ佛国ニテハ前述ノ如ク之ヲ制定スルノ權アルモノハ立法權ナリ故ニ廢止ノ權アルモノモ亦タ立法權ナリトス之レ制定スルノ權アルモノハ之ヲ廢止スルノ權アルハ理ノ賭易キ所ナリトス之ヲ外ニシテハ廢止ノ權ヲ有スルモノナシ然レモ憲法ノ廢止ニ係ルモノハ国会ナリ宣令ハ元來行政權ノ權ノ内ナリ亦之ヲ廢止スルモ其權ナリトス通常法ハ立法官之ヲ廢止スルヲ得ルモノナリ法律ノ廢止ニ二種アリ明白ノ廢止、暗黙ノ廢止、之レナリ而シテ明白ノ廢止ハ法律ヲ以テ明カニ旧法ヲ廢止スルノ謂ニシテ其適例ハ千八百四年ニ於テ而代ノ慣習及ヒ羅馬法典即チ佛国革命以前ノ法律ハ悉皆廢止スルモノナリト明言シタルカ如シ又暗黙ノ廢止トハ旧法ト新法ト相抵触スル場合ニ於テ其抵触ノ部分ハ新法ヲ以テ旧法ヲ廢止シタルモノト看做スモノトス故ニ抵触セサル部分ハ尚ホ存立スルモノナリ是ヲ以テ米國新法ヲ制定スルヤ旧法ヲ廢止スルカ又ハ抵触スル部分ハ廢止ト心得ヘシトノ條例ヲ設クルヲアリ故ニ佛国ノ如キ法律ニ數度ノ改正アリテ抵触セサル部分ハ有効ナリ故ニ何レニ抵触スルヤ新法ノ出ツルニ當リ之レヲ知得スルニ雜錯ヲ生シ實際艱難ヲ生スルヲ少ナカラス

法律ヲ廢止スルハ明白、暗黙ノ二種ノ廢止アレモ學者或ハ曰ク法律ハ反對習慣又ハ不適用ナルモハ尚ホ廢止ト見做スヘシト其理由タル習慣ニシテ一般ニ認許セラル、モノハ法律ノ効力ヲ有スルモノナリ故ニ法律ニ反對スル習慣ハ法律ヲ廢止スルヲ得ルモノナリト云フニ在リ余思フニ然ラス抑モ法律ノ効力ヲ習慣ハ有スルモノナリトハ適理ノ事ナリト雖モ之ヲ以テ法律廢止ノ原因トナラス此說ハ其基礎ヲ誤リタルモノナリ夫レ佛国ニテ慣習法ナルモノ存スルヤト云フニ余ハ無シト信スルナリ何トナレハ佛国ハ成文法國ナルヲ以テ習慣ハ是認メサレハナリ且又憲法上法律ヲ制定スルハ立法權ニ限ルモノニシテ立法權ノ外ハ何人ト雖モ法律ヲ制定スルヲ得サルナリ然ルニ今慣習ヲ法律ト全価値ヲ有セシムルモハ恰モ人民ニ法

律制定ノ權ヲ與フルモノナリ豈ニ人民ニ法律制定權ヲ付与スルノ理アラシヤ故ニ佛国ニハ習慣法ハ存在セス從テ習慣法ノ為メニ法律ヲ廢止セラル、ヲアラザルナリ

又法律ハ久シク之ヲ適用セサルカ為メニ廢止ニ屬スヘキヤ 反對論者ハ曰ク法律ヲ久シク使用セサルモ存在スルモノトセハ人民ハ不慮ノ危險不測ノ損害ヲ被ムルニ至ル可シ即チ立法官ニ於テ其法律ノ用ナキヨリシテ何人ニモ之ヲ適用セザレハ更ラニ為メニ弊害ヲ生セザルヲ以テ別ニ明言シテ之ヲ廢止スルヲナカルヘシ然ルニ其適用セザル久シク后突然之ヲ適用シタランニハ其弊害ヤ尠ナカラス故ニ長久ノ不使用ハ法律ヲ廢止スルヲ得ルモノナリ之レニ付テハ事例ヲ生シタルヲアリ即チ千八百八十九年大革命ノ際日曜休暇ヲ發シタルモ王政復古ノ日曜日ヲ定メルイ十八世之レニ向テ刑罰ヲ科シタリ然レモ佛國人民進歩シ居タルヲ以テ之レニ適用スルヲナカリシ爾后四十年ヲ經テ千八百六十八年ニ至リ巡查街頭ニ日曜日ニ車ヲ挽キタルヲ捕ヘ告發シタリ車夫ハ遂ニ罰セラレタリト雖モ其休暇設定ノ法律ハ后直チニ廢止シタリ如斯突然法律ヲ適用シタルモハ亦タ弊害ナシト云フヘカラスト此說ヤ元トヨリ實際ニ生スレハ適切ニシテ且執行上可ナリト雖モ法律ノ性質上ヨリ論スルモハ決シテ然ラサルナリ抑モ立法官ニ於テ命令ヲ下シタル以上ハ之ヲ適用セサレハトテ決シテ其權力ハ生セサルニアラサルナリ苟モ反對論者ノ說ノ如クセハ法律ヲ犯スモノヲモハ直ニ法律ヲ廢止スルノ結果ヲ生スヘシ豈如斯道理アラシヤ依テ全ク斯言ハ習慣ヲ法律ト全視スレハ何レノ法律存在スルヤ廢止ニ屬スルヤ不明ナリ又不適用モ立法權ノ之ヲ廢止セサル限りハ成存スルモノナリト

第五節 法律ノ解釈法

法律ノ解釈ナルモノハ法律ノ意義ヲ明ニスルモノニシテ何レノ國ト雖モ此方法ハ存在スルモノトス而シテ佛國三別ス解釈法ナルモノアリ

解釈トハ律ノ意思ノアル所ヲ求メ以テ其如何ナル主趣ヲ有スルヤヲ知ルモノヲ云フ詳言スレハ之ヲ干爰適用シテ可ナルヤ否ヤヲ知ルモノヲ云フ其必要アル

ヤ固ヨリ明カナリ蓋シ此必要ヤ法律ノ不順ニシテ其意義曖昧法文ノ意義二種アルモノ、如キ場合及ヒ他ノ法律ト相抵触矛盾スルヲアレハナリ然ルニ法律ノ不明、抵触、二種ノ意義等アルヲ以テ解釈ヲ必要トセリ若シ法律完全ナルハ法律ノ解釈法ハ不必要ナリトノ誤想ニ陥ルモノ多シ加之法律學モ之ヲ必要トセサルナリ蓋シ法律ニシテ不明且ツ不完全ナレハコソ法律學起リ其知ラサル所ヲ知ルノ必要アリ此誤解タル學者間ニハ之ヲ奇トスルニ足ラス立法官又タ之ノ誤解ニ陥リタルモノアリ彼ノ羅馬ノジェスチニヤン帝羅馬法ヲ作ルヤ五百年來ノ經驗ト學者ノ説トニ倣ヒ作りタルモノナレハ其法律ヲ以テ完全無欠ノモノトナシ解釈スルヲ制禁シタリ又タ佛国ニ於テモナホレオン法典ノ成ルヤ又全シキ事ノアリタリ或ル民法學者之レカ解釈書ヲ著述セシカハナホレオンハ其法典ノ完全ナルヲ思考セシヲ以テ大ニ嘆シテ曰我法典ハ消滅シタリト是レ皆ナ法典ノ完全無欠ナルニ於テハ解釈法ハ其要ナキモノナリトノ誤解ニ陥リタルモノナリ然リト雖モ解釈又是レ一途ニ陥ルハ議論百出法律ノ精神ヲ誤ルヲナキニアラス然レモ解釈ヲ許サルノ弊ハ尚ホ之レニ数倍スルヲ見ルナリ何トナレハ解釈ナキニ至ラハ裁判官ノ訟ヲ決スルヤ專恣擅斷ニ陥リ其弊害ヤ校正スル道ヲ失セントス然ラハ何故ニ斯ク解釈ヲ必要トスルヤ之レ性質上ヨリ來ルモノナリ何トナレハ世事ハ千種万様ナレハ立法官實際ニ起ル場合ヲ想像シテ之レニ応スルノ規定ヲ設クルヲ得ス故ニ只タ一般ノ總則ヲ設ケ以テ種々ノ場合ニ応スルモノトセリ其總則ヤ完全ニシテ且ツ明了ナリト雖モ之ヲ実行スルニ於テハ其果シテ事實ニ適スルヤ否ヤヲ比較スルニ当リ大ニ艱難ヲ感スルノミナラス之レ解釈法ノ必要ナル所以ナリ佛国民法ニ解釈法ト稱スルモノナシ只民法草案中之ニ関スル規定アリシモ解釈ハ理論ニ從ヘハ足ルモノニシテ別ニ立法上ノ規定ヲ要セサルモノトナシ之ヲ刪除シタリ乍併民法契約篇中ニ解釈ノ方法ヲ規定セリ而シテ其契約法ハ法律ヨリモ其必要少ナキハ勿論ナリ然ルニ今其要少ナキ契約解釈ノ法ヲ必要アリトスル立法者ノ意思ヲ推スハ尚ホ其法律ニ必要アルヲ見

菑メタルヲ知ルヘキナリ左レハ解釈トハ何ソヤ法律ノ精神意義ハ果シテ何レニ存スルヤヲ探知スルニアリ之即チ解釈ノ方法ナリトス然ラハ何レノ方法タリト雖モ其真意ヲ知ルノ点ニ至テハ全一ナリト雖モ之ヲ解釈スル人ニ從フヲ之ヲ三種ニ區別ス即チ左ノ如シ

一 立法上ノ解釈 二 裁判上ノ解釈 三 學者ノ解釈

第一立法上ノ解釈 立法上ノ解釈トハ立法官カ立法上ノ法律ノ意義ヲ定ムルモノヲ云フ本来立法官ハ命令權ヲ有スルヲ以テ其解釈ハ法律ト全一ノ効力ヲ有スルモノトス依テ一般ニ之レヲ適用スルヲ得此ノ種類ノ解釈ハ立法權ヨリ他ノモノハ為スヲ得スト雖モ已ニ立法權ヲ有スルモノハ之ヲ分割シテ他ニ委任スルヲ得ルハ勿論ナリトス故ニ是ヲ大審院ニ委任シタルヲアリ

立法權ノ解釈ヲ為スハ如何ナル場合ニ生スヘキヤ一訴訟事件ハ原被告両告ニ於テ法律ノ見解ヲ異ニスルハ立法權ハ解釈ヲ施スヘキヤ否ヤ此ノ場合ニ於テハ裁判所ニ於テ解釈ヲ為スヘキモノトス然ラサレハ司法權ト混淆ヲ生ジ來サン去レハ如何ナル場合ニ於テ解釈ヲ為スヘキヤ曰一事件ニ付キ控訴院ト大審院ト其見解ヲ異ニシ上告ヲ破毀シタル場合ニ於テハ立法權ハ解釈ヲ為スヘキモノトス若シ尚ホ解釈ヲ行フヘカラサルモノトセハ法律ノ精神意義ハ何レニ存在スルヤ之レヲ知ルニ由ナク遂ニ訴訟ハ停止スル所ナキニ至ルヲ以テナリ之ヲ立法上ノ解釈ト云フ

以上立法權ハ如何ナル場合ニ於テ解釈ヲ為スヘキヤヲ見タリ以下立法上ノ解釈沿革ヲ述ヘン

(立法上ノ解釈沿革) 佛国ニ於テ立法權ノ解釈ヲ為スノ權ハ屢ハ變更シ革命ノ初メ共和八年マテハ法律ヲ解釈スルハ立法權ニアリテ立法權ニ於テ之ヲ決セリ故ニ法律ノ意義曖昧ナルハ又ハ双方意見ヲ異ニスルハ立法權ニ於テ之レカ解釈ヲ為セリ此ノ方法ハ立法權ト司法權トノ混淆ヲ來タスヲ以テ元ヨリ不可ナリトス千七百九十一年大審院ヲ設ケシキ控訴院、大審院意見ヲ異ニスルハ立法議院ニ可否ヲ問フヘシトアリ共和八年憲法ノ民法ヲ編纂セラレ實際上

ヲクノ困難ヲ生シ法律上ノ解釈ニ於テ難問ヲ生スル
 一少ナカラス依テ解釈ノ權ヲ參事院ニ委テ共和ノ宣
 令ヲ以テ參事院ハ政府ヨリ事件ニ意見ヲ述ヘ指令ス
 ルノ權アリタリキ故ニ參事院ノ為セル意見ハ法律ト
 全一ナリキ

千八百十四年王国トナリシキ參事院ノ前段ニ述ヘタル
 權利ヲ消滅シタリ故ニ立法上ノ解釋ハ立法權ニ復返
 シタリ然レモ立法權ニ於テ解釋ヲ為スハ本来好マレ
 アラザルナリ古代ニ在テハ立法權ハ国王一人ニアリ
 テ又解釋ノ權モ国王ニアリタルカ故ニ其全權ヲ以テ
 意見抵触スル場合ニ於テ解釋ヲ下タシタルカ故ニ弊
 害ノ見ルヘキナカリシモ其上下兩院ニ於テ解釋ヲ為
 スニ至リテ初メテ弊害ヲ生スルニ至タレリ蓋シ法律
 ハ兩院ニ提出スルヤ其解釋ノ多數ヲ以テ之ヲ決シ其
 有様ハ法學者ナラサルモノヲ以テ決サセシムルモノ
 ナレハ遂ニ法律ノ精神ヲ誤ルモノナキヲ保シ難シ且
 又兩院ニ於テ意見ヲ異ニスルハ又タ決定スルヲ得
 ス且ツ又タ兩院專ラ公益ヲ主トスルカ故ニ后来國家
 ノ利益タルヤ否ヲ見テ解釋ヲ下タスノ姿ナルヲ以テ
 尚ホ一層法律ノ意義ヲ誤ルニ至ル況ンヤ他人ノ制定
 シタル法律ヲ解釋スルニ於テヤヤ學者ト雖モ其正鵠
 ヲ得テ解釋スルヲ得ス故ニ議院ノ誤評アル知者ヲ俟
 テ后チ知ラサルナリ依ニ實際ハ立法院ニ向テ其解釋
 ヲ乞ハサルナリ何トナレハ前已ニ述ヘタルカ如ク弊
 アルノミニシテ一モ利スル所ナケレハナリ

第二裁判上ノ解釋 裁判上ノ解釋トハ裁判所ニテ興
 ヘタル判決ヲ云フ而シテ立法上ノ解釋ト裁判上ノ解
 釋トハ其効力ヲ異ニスルモノトス立法者ハ命令權ア
 リ故ニ立法者ノ解釋ハ一般ノ例規トナリ后来ニ生ス
 ル事件ニ向テ其効力ヲ有スレモ裁判上ノ解釋ハ解釋
 ヲ興ヘタル事件ノミ其効力ヲ有シ后ニ生シタル事件
 ハ其事件ト同一ナリト雖モ前全一ノ判決ヲ為スニ及
 ハスシテ其反對ノ判決ヲ為スモ自由ナリトス如斯各
 裁判所獨立シテ裁判ヲ為スノ權アリ故ニ各控訴院ニ
 於テ解釋ヲ異ニセハ一国内ニテ種々ノ判決ヲ現出シ
 之レヲシテ后来ニ生スル事件ニ對シ有効ノモノタラシ
 ムルハ云フヘカラサルノ騷擾ヲ生ス故ニ如此慣例
 ヲ防カン為メ大審院ヲ設ケ法律ノ解釋ヲ司トラシメ

以テ全國法律ノ解釋ヲ一定ナラシメント力メタリ大
 審院ハ法律ヲ審按シ之レカ適用ヲ司トルニ止マリ事
 實ノ点ニ至テハ之ヲ控訴院ニ放任シタリ故ニ一ノ上
 告アルハ原裁判ノ当否ヲ審按シ若シ不法ナルハ之
 ヲ破毀シ第一ノ控訴院ニ移スノ言渡ヲ為スモノニ
 シテ決シテ自ラ事實ノ点ヲ判決スルモノニアラス如
 斯大審院ハ只法律ノ点ニ関シ判決ヲ為スノミニシテ
 事實ノ点ニ至テハ第二ノ控訴院ニ移スアルカ如ク
 或ハ第三ノ控訴院ニ移スアリ左レハ第一、第二、
 第三ノ控訴院トモ全一ノ意見ヲ以テ裁判シタルハ
 如何スヘキカ此ノ場合ニ於テ彼ノ參事院アリ解釋ヲ
 興ヘタルヲ以テ甚タ便利ナリシ即チ其事件ヲ參事院
 ニ提出シ而シテ該院之レニ解釋ヲ興フルハ其解釋
 ハ法律トナリ其意義ヲ定ムルヲ得タリ然ルニ千八
 百十四年參事院ヲ廢止シテヨリ政府カ其解釋ノ任ニ
 當リタリ其后千八百二十二年ニ於テ政府ニテ解釋ス
 ルヲ止メ解釋ハ国王ニ上申シ而シテ国王ハ第三控
 訴院ニ移シ該院ニテ興ヘタル裁判ハ解釋ノ全權ヲ有
 セシメ大審院ノ意見如何ニ拘ラス上告ヲ為スヲ許
 サリシ其后千八百三十九年解釋ノ全權ヲ大審院ニ
 有セシメ大審院カ二度破毀シテ第三控訴院ニ移リタ
 ルハ第三控訴院ハ必ス大審院破毀ノ理由ニ基キテ
 裁判セサルヘカラストナシタリ併シ大審院ノ解釋ハ
 立法上ノ解釋ニアラスシテ裁判上ノ解釋ナレハ第三
 控訴院ノ大審院破毀ノ理由ニ拘束セラル、ハ其事件
 ノミニシテ他ノ事件ハ良シヤ全一ノ事柄ナリト雖モ
 自由ニ裁判スルヲ得故ニ立法上ノ解釋ハ更ニ起ラサ
 ルトナレリ而シテ是ヨリ大審院全權ヲ握リタルヲ
 以テ始メテ解釋上ノ一致ヲ得タリ斯ノ如ク法律ハ解
 釋ヲ一致スト雖モ歲月ヲ經過スルハ自然ニ前后齟
 齬ノ裁判アルニ至ルハ亦タ免レサルナリ何トナレ
 ハ大審院ノ評定官ハ新陳代謝スルモノナレハ其意見
 モ亦從テ異ナレリ

第三 學問上ノ解釋トハ碩儒等ノ著述、弁論、説明
 杯ヨリ成ルモノニシテ其主張スル所ハ學者ノ有スル
 學識ヨリ生スルモノナリ然レモ法律上ノ權利ヲ有セ
 ス又無形上ノ權利ヲ有スルノミ

右ノ如ク解釋ニ三種アリト雖モ此レ皆ナ其解釋ノ出

ル所ノモノニ因リ區別アルモノニシテ解釈ノ方法ニ於テハアルノミ即チ法律ノ真意ヲ發見セントスルヲ是レナリ

法律ヲ解釈スルノ術ハ之ヲ區別シテ二トス其一ハ法律ノ文面上ヨリスルモノニシテ其中ノ一ハ理論ニ依テ解釈ヲ為ス是レナリ併シ何レタリトモ法律ノ真意ヲ知ルヲ以テ主トナスモノナレハ其間ニ輕重ナシ何トナレハ法文文法ニ依リ立法者ノ意ヲ探求シ理論ハ論法ニ因リ立法者ノ意ヲ抽出スルヲ得ヘケレハナリ立法者ノ精神ハ文面上ニ寫シタルモノナレハ文法上ノ解釈ニ依リ適用ヲ為スハ是レ實ニ其論拠確實ナリト云フ可シ然レト立法者ノ精神ヲ求メ法律ノ主意ヲ知ラント欲セハ文法上ニノミ依ルハ尚ホ十分ナリト云フヘカラス宜シク古代ノ歴史編纂當時ノ評論草案等又其當時ノ風俗習慣法律ノ起リタル原由ヲ參照スヘキナリ、文法上ニ依據シテ法律ノ真意ヲ探スハ深く注意スヘキアリ普通ノ用語ト法律特別ノ用語アリ故ニ其法文ノ如キハ法律上ノ意義ニ解スヘキナリ殊ニ日本ハ元ト釈字ナレハ良シ其原語ノ意義ニ依ルヘキモノニシテ支那語ノ意義ニ依ルヘキモノニアラス故ニ文法上ノ解釈ハ間々文字ニ拘泥シテ精神ヲ誤ルアリ此点ヨリ見レハ理論上ノ解釈ヲ可ナリトス立法者ノ真意ヲ知ラント欲セハ立法者ノ文法ノミニテハ充分ナラス歴史、古代欧州ノ風俗習慣等ヨリ來ルモノヲケレハ此レニ由テ推究スヘキナリ彼ノ第一千六百七十七條ノ（ホーリエンス）訴權ノ如キハ其一例ナリトス此訴權ハ如何ニシテ之ヲ行フヤ明カナラス之ヲ適用スルニ當テ羅馬法ニ依ラサルヘカラス何トナレハ元來該訴權ハ羅馬法ヨリ出テシモノナレハナリ即チ古法ヲ知ルヲ要スル利益ハ此ノ處ニアリトス

（法律解釈ノ方法三アリ）然ラハ理論上ノ解釈ハ如何尋常解釈セントスル条文ヲ他ノ法文條例ニ比シテ其意ヲ求ムルヲ緊要ナリ、第二其法文ノ目的理由ヲ求メ其意ヲ知ルニアリ第三其為ス所ノ解釈ヲ適用シテ其得ル所ノ結果ノ善惡ヲ知リ以テ其意ノアル處ヲ知ルニアリスノ如ク三法方アリ然レト確實ノ良法トスルハ第一ノ方法ニシテ第三結果ノ善惡ニ依テ法

意ヲ定ムルハ危險ナリト云フヘシ其前後牴觸スル場合ニ於テハ尚ホ可ナリト雖ト普通ノ場合ニ於テハ誤ナキヲ得ス

斯ク法意ヲ解釈スルモ法文上ト理論上トノ二者アリ然ルニ法律ノ条文明瞭ナル場合ニ於ケルモ尚其精神ヲ求ムルヲ得ルヤ之ヲ詳言スレハ法文ハ如斯ナリト雖ト其精神ハ然ラス如斯ナルヘキモノナリト其法律ノ精神ヲ求ムルヲ得ヘキヤト云フニ其異ナル處ハ學者ノ取ル所ニ依リテ生スルモノナリ去レハ場合ニ於テハ法文ニ依ルノ解釈ヲ主トスヘキカ將タ理論上ノ解釈ヲ主トスヘキカ佛民法草案第十五條ニ於テ解釈規則ナルモノアリテ法律ノ明カナルハ精神ヲ探求スルヲ口實トシテ其法律ヲ免ル、ヲ得スト規定シタリ之レ正當ナル解釈規則ト云フヘキカ如シ而シテ其明文アルニ拘ラス之レニ反對ノ意ヲ求ムルハ學者ノ主張スル所ノモノヲシ其法文ヲ分析シテ殘サス遂ニ立法者ノ意ヲ害スルニ至ルアリ當ラサルノ解釈法ナリト云フヘシ何トナレハ法文ハ如何ニアリト雖ト其法文ハ立法者ノ意思ヲ示シタルノ痕跡ナリ殊ニ其正條ヲ設ケタルモノト其主意ト符号シテ差別ナキカ故ナリ然ル之レニ依ラスシテ他ニ立法者ノ精神ヲ求ムルハ誤謬ニ陷ルモノ少カラス凡テ學者間ノ說ノ分カル、ニハ必ス古法ハ如斯モノナリ立法者ノ精神ハ如此モノナリト云フニアリ之レヨリ法文ノ曖昧ナル場合ニ於テ法文ニ拘泥スルハ誤ヲ生スヘシト雖ト法文ノ明瞭ナル場合ニ於テハ然ラス

然リ而シテ斯ク他ニ精神ヲ求ムルノ方法ヲ以テ至當ナル解釈法トスルハ斯ル奇ナル結果ヲ生スルニ至ル而シテ本來法學者裁判官ハ法律ヲ解釈スルコソ其目的タルカ故明文アルニモ拘ラス斯ク他ニ意思ヲ求ムルノ理由如何ソヤ法律ノ不完全ナルヨリ來ルモノニシテ明文アルモ社會ニ適當セザルヨリ起ルモノナリトス社會ハ進歩スルモノナルヲ以テ法律ノ其事情ニ適當セザルハ蓋シ少カラサルナリ故ニ學者裁判間今日ノ思想ヲ法文中ニ入レテ適用セントスルヨリシテ他ニ精神ヲ求ムルニ至ルナリ故ニ其主意ハ義ナリト雖ト之レ法ヲ解釈スル

只立法者獨リ

能スル處ナリトス法律ノ解釈ニ付テ古來格言アリ此

格言や迷傳トモ云フヘキモノニシテ法律上ニハ之レカ規定ナキヲ以テ法律ノ効力ヲ有セス然レハ法律ヲ解釈スルニ付テハ甚タ便利ナルモノナリトス故ニ之レヲ知ルノ益ナキニアラザルナリ之ヲ適用スルニ當テ注意ヲ要スルノミ而シテ此格言ハ毎ニ必スシモ適用スルモノニアラスシテ之レニ例外アリ本來法律學ナルモノハ理論ニ出テシモノナレハ之レヲ解釈スルニ當リテモ從テ理論ニ基カサルヲ得ス然レトモ背理格言ハ之レヲ適用スヘキモノニアラス今左ニ二三ノ格言ヲ示スヘシ

解釈ノ方法格言 第一安全ナルハ類似ノ方法ニ関スルモノナリ即チ全一ノ理由ナリトテ之ヲ類推解釈ナルモノ是レナリ民法草案ハ之レカ規則ヲ定メテ曰一事ヲ決スルニ當リ全事全理由アルニアラサレハ此場合ヨリ後ノ場合ニ推及スルヲ得ストアリ其打消スノ制裁ヲ用ヒタルハ亦タ理由アリテ存ス之レ類似ノ方法ニ依リ任意ニ廣ク之ヲ適用スルハ終ニ弊害ヲ生スルニ至ルヲ以テ打消ノ法ヲ用ヒテ注意セシメタル所以ナリ

類似ノ方法ハ羅馬時代ヨリ用ヒ來タルモノニシテ法律ハ元來千種万様ノ場合ヲ規定スルヲ得サルヲ以テ一ノ総則ヲ規定スルニ止マルモノトス勢ヒ之ヲ類似ノ場合ニ於テハ他ノ場合ニ適用スルヲ得ス而シテ其理由ニシテ全一ナランカ之ヲ適用シテ決定ヲ下スモ可ナリ併シナカラ類似ト雖ト間々相違スルモノアルヲ以テ理ノ果シテ同一ナルヤ否ヤニ注意シテ適用スヘキナリ然レトモ其原則ニシテ能ク久シク廢セラレサルモノハ此元則ナリ之レ如何ナル場合ト雖トモ之ヲ適用スルヲ得法律ニ總則ヲ設クルハ類似ノ方法ハ普通ノ場合ニ之ヲ適用シテ差支ヲ見ザルナリ

然ラハ即チ例外ノ場合ニ於テハ如何トナスヤ尚ホ以テ類似ノ方法ニ依リ他ニ之レヲ及ホスヲ得ルヤ這ハ之レ古ヨリ議論アル処ナリ元來例外ハ制限法ナリ元案ニ曰法律ニナキ所ノ例外ヲ解釈シテ入ル、ヲ得スト一般ノ例外ヲ罰則ノ如キモノニシテ推測スルヲ得ザルモノナリ故ニ類似ノ方法ヲ之ヲ普通ノ規則ニ適用シテ例外法ニ用ユルヲ得ス抑モ例外ハ何ソヤ曰ク凡テ法律上ノ元則アリテ其適用ヲ制限スルモ

ノヲ云フ羅馬時代ニ於テ其例外ヲ類推シ得サルハ法理ニ反セルカ如キ酷ナル例外法ニ限リシカ今尚ホ然ルヤ否ヤ此点ニ於テ少シク疑ヒナキ能ハス蓋シ第一千八百六十三條買戻ス契約ノ場合ノ如キ若シ買戻ス契約アルハ解除ノ未ダ條件到來シタランニハ負債主ノ設定スル書入質權ノ如キハ悉クスル此其元則ナリ而シテ賃借契約ニ至ラハ格別ナル旨ヲ示シタリ之其例外ナリトス此ノ條件タル解除ノ賃借ニ及ハザルハ此賣買ノ場合ノミニ限ルヤ將タ他ニ及ホスヲ得ルヤ一般解除條件ノ賃借契約ノ場合ニ其効力ヲ及ホスモノニシテ之レ農業上ノ利益ヲ保護スル為メニ設ケタルモノナリ故ニ法律上利益トナリ又タ他人ノ利益トナルハ例外タリト雖ト之レニ類似スヘキモノナケレハナリ且ツ佛法ニ於テハ現ニ判決例アリ之ヲ適用シタリ然レトモ之レニハ多少疑アリ余ハ寧ロ之レニ反對スル說ニ賛成セントス即チ法律ノ例外ハ制限法ナルヲ以テ之レヲ他ニ適用スヘキモノニアラス即チ其適用ヲ廣ムルヲ得サルナリ蓋シ之ヲ擴ムルハ一ノ原則ヲ作ルヲ以テナリ

第二法律ノ區別セサルハ解釋法ニ依リ之レカ區別ヲ為スヘカラス此レ原案ニ規定セル所ニシテ原則ヨリ生スル結果ニ外ナラス何トナレハ一般ノ原則ハ一般ノ原則ニ適用スヘキモノナレハナリ諺曰例外ハ原則ヲ制限スト然レトモ今區別ナキ原則ヲ是非共區別セサルヘカラスル場合アリ法律一般ノ場合ヲ規定スル原則ナリト雖ト之レニ例外ヲ設クルハ他ノ場合ニ抵触スル場合ニシテ普通原則アリト雖ト之レカ適用ヲ制限スヘキノ場合ナリ佛民法第一千三百八十四條ノ如キ準犯罪ヲ規定シ父母ハ未丁年者ノ所為ニ付キ民事擔當ノ責任アル是レナリ之レ一般ノ原則ナリトス此ノ原則ニ至テハ例外ナキカ如シト雖ト干茲一ノ例外アリ后其免脱ノミナラス父母ノ權ヲ免レタルモノアリ而シテ未丁年者ニハ普通未丁年者ニ父母ノ權ヲ免レタル未丁年者アリ父母ノ權ヲ免レタルモノハ自由ニ事ヲ処分スルヲ得テ別居ス故ニ父母ハ其同居セザル子ノ諸權ニ付キ損害ノ責ニ任セサルハ当然ナルニモ拘ラス法文ハ之レカ區別ヲ為サ、ルナリ

第三 反對相推ス 法律ノ反對ヲ表出シテ意義ヲ探

知スルヲ云フ 即チ法律默シテ述ヘス其如何ニ解釈スヘキヤ不明ナル場合ニシテ其一方ニ斯クナルハ其他方ハ之ヲ欲シタルモノナラン或ハ然ラサルナラント之ヲ推知スルモノナリ之レ法文ノ曖昧ヨリ起ルモノナリトス

第三條ニ規定セル如ク外国人ノ所持セル佛国内ノ不動産ハ佛法ヲ適用スト規定シテ動産ノハ規定セス故ニ動産ニ至テハ外国法ヲ適用スルモノナリト解釈スルカ如シ然レト如ス解釈ハ薄弱ニシテ常ニ之ヲ用ユルヲ得ス尤モ之ヲ用テ至当ナルハ例外法ヨリ普通法ニ復販スル場合ナリトス例ハ第千八百八十四条ノ如ク暗黙ノ解除条件到来シタルハ契約ハ当然成立セズ然レト訴ヲ裁判所ニナスヲ要スル旨ヲ示セリ之レ蓋シーノ例外ナリ故ニ之レヲ反對ニ解シテ一般ノ場合ニ於テハ解除ノ条件到着スルハ其解除ノ性質トシテ裁判所ニ裁判所ニ訴フルヲ要セス当然解除スルモノトナスカ如キハ之レ至当ナリトス而シテ其解釈法ノ薄弱ナルヲ示サンニ第千八百六十四条ノ契約解釈ニ於ケルカ如ク契約者双方間ニ於テ明示シタル事ノ外ハ之レヲ約束スルモノニアラスト見做スヲカ得ザルヤ明白ナリ故ニ擔保ノ約束アリト雖ト其他ニハ之レナシト云フヘカラザルカ如シ

第四 法律ノ理由 法律ノ理由ニシテ之レヨリ一層優リタル他ノ場合ニ推及スルノ方法ニシテ即チ此ノ場合ニ於テ如スナルハ之レヨリ一層優リタル他ノ場合ニモ又タ如スナルヘシト云フカ如キモノニシテ確實ナル解釈ナリトス之レ邦語ノ恰モ況ンヤト云ヘル場合ナリ例ハ婚姻シタル際百八十日前ニ生レタル子ハ婚姻后ニ生レタルモノト見做ス其夫ノ子ナラサルヲ明カナリ然レト暗黙ニ見認メタル所為アラサルハ承認スルヲ得ルモ其既ニ暗黙ニ見認メタル証左アルハ最早ヤ非認スルヲ能ハサルナリ既ニ暗黙ニ見認メタル場合ニ於テハ夫レ此ノ如シ其之レヨリ一層優リタル場合即チ明カニ見認シタルハ其子ハ即チ其夫ノ子ナリトスルヲ得ルモノトス此即チ解釈法ニシテ此ノ解釈ヤ弊害アルモノナリ其他尚ホ格言方法アリト雖ト茲ニ畧ス